Der Einfluß der Klagezurücknahme und des Verzichts auf die ädilizischen Einreden im geltenden deutschen Zivilprozeßrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Hans Rohkrämer

Referendar in Merseburg.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1914.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bülow, Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. 1899.
Bülow im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 64 S. 1 ff.
Cohn in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 S. 221 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. Aufl. 1913.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2, 1 und 2, 2. 3. Aufl. 1905/06.
Deutsche Juristenzeitung.
Eccius in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43 S. 305 ff.
Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 18 S. 228 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.
Enneccerus, Kipp und **Wolff,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. 6.–8. Aufl. 1912.
Entscheidungen des Reichsgerichs in Zivilsachen.
Flechtheim in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 65 ff.
Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1898.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 10. Aufl. 1911.
Haymann in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 46 S. 509 ff.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht. 1900.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 u. 2. 1903 u. 1907.
Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. 1910.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Teil 1. 1912.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Hölder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 65 ff.
Hölder in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 50 ff.
Hölder im Recht 1900 S. 161 ff.
Klein, Die schuldhafte Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Zivilprozeßrechte. 1885.
Klein in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 19 S. 433 ff.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Kohler in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 29 ff.
Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. 1894.
Küntzel in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 41 S. 433 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. 1903.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht. 1899.
Leonhard, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. Allgemeiner Teil. 1900.
Lobe im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 9.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes. 5. Aufl. 1910.
Matthiaß in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 205 ff.
Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. In Bd. 17, 1 der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 1908.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.
Oertmann im Recht 1904 S. 4 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1887.
Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß. 1893.
Pollak in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 18 S. 64 ff.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Schultze in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 18 S. 175 ff.
Schultze in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 19 S. 341 ff.
Schultzenstein in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 27 S. 229 ff.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 11. Aufl. 1910.

Sintenis in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30 S. 384 ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 9. Aufl. 1912, Bd. 2 8. Aufl. 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, 1. 7./8. Aufl. 1912.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.
Thon in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 27 S. 366 ff.
Trutter, Über prozessualische Rechtsgeschäfte. Zivilprozessuale Studie. 1890.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.
Walsmann, Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. 1912.
Walsmann im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 102 S. 1 ff.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Werner im Recht 1902 S. 282 ff.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1875.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Einleitung.

Es erscheint mir angebracht, zunächst mit wenigen Worten auseinanderzusetzen, was der Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit sein wird, und welchen Zweck ich mit ihr verfolge. Ich beabsichtige nicht, eine ausführliche Abhandlung über die Begriffe „Wandelungs- und Minderungsanspruch" zu schreiben und etwa einen bedeutsamen Beitrag zu dieser Lehre zu liefern. Wieviel auf diesem Gebiete bereits gearbeitet und geschafft ist, weiß ein jeder, der die geteilten Ansichten der Vertreter der beiden sich bekämpfenden Theorien, der Vertrags- und der Restitutionstheorie, studiert hat und nur ein wenig in die im Laufe der Jahre gewaltig angewachsene Literatur eingedrungen ist. Jeder Jurist, mag er Theoretiker oder Praktiker sein, muß zu dieser bekannten Streitfrage irgendwie Stellung nehmen. Einige unserer hervorragendsten deutschen Rechtsgelehrten haben den Wandelungs- und Minderungsanspruch zum Gegenstande ausführlicher und geistreicher Erörterungen gemacht, und die Anhänger beider Parteien haben ihre Meinung klar und logisch begründet. Sieht man aber nach der Entscheidung und dem Ende dieses langwierigen Kampfes, so findet man das seltsame Resulsat, daß bisher noch keine Partei unterlegen ist. Man kann heute nicht sagen, die Vertrags- oder die Restitutionstheorie habe gesiegt, sie sei die allein richtige. Das Ende des Streites erscheint mir unabsehbar und der ganze Geisteskampf selbst unentschieden. Vielleicht wäre es am besten, wenn die Frage gesetzgeberisch geregelt würde; ob dies freilich bei den großen Schwierigkeiten, die dem zweifellos entgegenstehen, möglich ist, entzieht sich meiner Beurteilung.

Wenn ich es mir also nicht zur Aufgabe stelle, den Wandelungs- und Minderungsanspruch bis in alle Einzelheiten zu erörtern und durch neue Gedanken etwas zur Schlichtung des alten Streites beizutragen, so kann ich doch bei exakter Bearbeitung

des Themas nicht umhin, die Begriffe „Wandelungs- und Minderungsanspruch“ sowie „Wandelungs- nnd Minderungseinrede“ zu behandeln und eine genaue annehmbare Definition derselben aufzustellen. Denn erst wenn dies geschehen ist, kann ich die Frage behandeln, wie diese Einreden, die in der mündlichen Verhandlung vorgebracht sind, durch eine Klagezurücknahme oder einen Verzicht — er sei prozessualer oder materieller Natur — beeinflußt wird.

Damit werde ich bei dem Kernpunkt der Abhandlung angelangt sein, aus dem sich auch ihr Zweck ergibt. Stellen wir uns einmal einen kleinen praktischen Rechtsfall vor, und zwar am besten einen Prozeß, der vor dem Amtsgerichte schwebt. Ein klagender Verkäufer klagt den Kaufpreis für einen von ihm seinem Käufer gelieferten Gegenstand ein. In der mündlichen Verhandlung trägt der Beklagte einredeweise vor, er beanspruche wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache Wandelung oder Minderung. Um seine Behauptung, er habe eine mangelhafte Lieferung erhalten, zu beweisen, benennt er Zeugen; Sachverständige treten auf, welche aller Wahrscheinlichkeit nach, wie der Kläger wenigstens meint, die Mängel des Gegenstandes feststellen werden. Der Kläger erkennt also, daß es dem Beklagten jedenfalls nicht schwer fallen wird, dem Gericht die Überzeugung von der Fehlerhaftigkeit der gelieferten Sache, d.h. von einer nicht ordnungsmäßigen Leistung des klagenden Verkäufers, beizubringen. Er sieht sich in eine schwierige Lage versetzt. Was soll er am vorteilhaftesten tun? Entweder sagt er sich: „Hätte ich doch die Klage lieber nicht erhoben! Ich möchte sie gern wieder rückgängig machen und mir erst noch mal überlegen, ob ich überhaupt klage“. Oder er denkt bei sich: „Ich möchte mich der Hilfe des Gerichts zur Befriedigung meines Kaufpreisanspruches überhaupt nicht mehr bedienen; meine Forderung besteht allerdings, und zwar in voller Höhe, aber ich verzichte auf meinen Anspruch, eine richterliche Aburteilung darüber verlangen zu können“. Oder er sagt sich endlich: „Ich will mit der ganzen Sache nichts mehr zu tun haben und erkläre mich einverstanden, daß meine Forderung untergeht“. Dies wird er allerdings meist nur unter der Einschränkung wünschen, daß er seine Lieferung zurückerhält.

Ich betrachte es als meine Aufgabe, darzulegen, in welcher Weise eine jede dieser drei denkbaren soeben angeführten Gedankenrichtungen des Klägers, sofern dieser sie in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck bringt, auf die vorgeschützte Wandelungs- oder Minderungseinrede einwirkt. Der Zweck dieser Abhandlung ist dann ein doppelter, nämlich ein praktischer und ein theoretischer. Denn daraus, daß die voneinander grundverschiedenen und nicht allein die prozessuale, sondern zum Teil auch meist mittelbar die materielle Rechtslage beeinflussenden Wirkungen der Klagezurücknahme sowie des prozessualen Klagverzichts und des materiellen Anspruchverzichts auf die beiden Einreden so scharf voneinander zu trennen sind, folgt die Pflicht des Richters, stets genau auf Grund seiner Fragepflicht zu prüfen, nach welcher der drei Richtungen hin die in der Tat gewöhnlich unklaren Willenserklärungen des Klägers auszulegen sind. Der theoretische Zweck aber, welchen ich mit dieser Studie verfolge, ist der, einen Beitrag zu liefern zu der in der Rechtswissenschaft zwar schon behandelten, aber noch wenig geklärten, interessanten, aber schwierigen Lehre von der Natur der prozessualen Parteihandlungen.

Erstes Kapitel.

Die ädilizischen Ansprüche.

§ 1.

Begriff.

Bevor ich die beiden Theorien über den Wandelungs- und Minderungsanspruch behandele und dazu Stellung nehme, werde ich diejenigen Gesichtspunkte erörtern, welche die Grundlage der ganzen Lehre sind, und von welchen die Anhänger beider Theorien auch ausgehen.

Die ädilizischen Ansprüche kommen immer dann zur Entstehung, wenn auf Grund eines Kaufvertrags der Verkäufer dem Käufer eine Sache geliefert hat, welche zur Zeit des Gefahrübergangs mit den Wert und die Tauglichkeit der Sache nicht unerheblich mindernden Fehlern behaftet ist oder die zugesicherten Eigenschaften nicht besitzt, vorausgesetzt, daß der Verkäufer nach § 460 BGB. den Mangel zu vertreten hat. Worauf die so entstandenen ädilizischen Ansprüche gerichtet sind, was sie also zum Gegenstande haben, darin besteht der Kernpunkt der ganzen Streitfrage. Streng festzuhalten ist jedenfalls zunächst an dem Unterschied zwischen Vollziehung und Durchführung der ädilizischen Ansprüche. Die Wandelung oder Minderung vollziehen heißt, einen Rechtszustand schaffen, aus welchem heraus sich definitiv die Verpflichtung der Parteien ergibt, zur Rückgängigmachung des Geschäfts oder zur Preisherabsetzung alles Erforderliche zu tun. Die Durchführung der beiden Ansprüche dagegen ist die tatsächliche Erfüllung der beiderseitigen Verbindlichkeiten und bedeutet nichts anderes als Wiederherstellung der früheren Rechtslage bezw. Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises oder Verzicht auf diesen Teil.

Die erste Auffassung vom Wandelungs- und Minderungsanspruch, die sogen. Vertragstheorie, stützt sich vor allem auf den § 465 BGB. und auf die geschichtliche Entwicklung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die beiden Ansprüche.[1]) Nach dieser Lehre bringen § 465 BGB. und die Aufzeichnungen in den Protokollen deutlich zum Ausdruck, daß Wandelung und Minderung nur dadurch vollzogen werden können, daß der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, der Kauf solle rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werden, entweder einverstanden erklärt oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt wird. Nach Ansicht der Vertreter[2]) dieser Theorie stellt sich der Wandelungs- und Minderungsanspruch also dar als eine Vertragsofferte, die der Gegner annehmen muß. Der Wandelungsanspruch ist nicht unmittelbar gerichtet auf Aufhebung der durch den Kaufvertrag entstandenen beiderseitigen Forderungen und auf Rückgewähr des bereits Geleisteten, der Minderungsanspruch nicht auf Herabsetzung des Kaufpreises. Die §§ 147 ff. BGB. müssen daher Anwendung finden bei Bestimmung des Zeitpunktes, bis zu welchem die vom Käufer gemachte Vertragsofferte vom Verkäufer angenommen werden kann. Vollzogen[3]) wird die Wandelung oder Minderung entweder mit Abschluß des Vertrags oder durch richterliches Urteil, das über den Wandelungsanspruch entscheidet und gemäß § 894 ZPO. die Einwilligung des Verkäufers ersetzt. Durch die Vollziehung der Wandelung oder Minderung erlischt das jus variandi des Käufers zwischen den verschiedenen aus der nicht ordnungsmäßigen Erfüllung entstandenen Ansprüchen. Nunmehr beginnt die Durchführung der ädilizischen Ansprüche, die sich nach den §§ 346 ff. BGB. richtet (§ 467 BGB.).

---

[1]) Prot. der 2. Kommission Bd. 1 S. 709 ff.

[2]) Oertmann zu § 462 Anm. 3; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 383 Anm. 5; Planck, BGB. zu § 462 Anm. 3; Endemann § 161 Anm. 36, 37; Flechtheim in GruchotsBeitr. Bd. 44 S. 72; Küntzel in GruchotsBeitr. Bd. 41 S. 433; Crome Bd. 2 S. 460; Dernburg Bd. 2, 2 S. 73 ff.; OLG. Bd. 4 S. 36.

[3]) Crome S. 460; Planck, BGB. zu § 462 Anm. 3; RG. Bd. 59 S. 98.

Dieser Auffassung von den ädilizischen Ansprüchen wird vielfach zum Vorwurf gemacht, die Folgerungen, welche man aus ihr ziehen müßte, entsprächen sehr wenig dem praktischen Bedürfnis.[4]) Selbst Anhänger der Vertragstheorie geben dies teilweise zu.[5]) Daß die Konsequenzen zum Teil recht unpraktische sind, muß zugestanden werden. So wäre es beispielsweise, wie Eccius[6]) mit Recht feststellt, dem Käufer bis zur Einwilligung des Verkäufers, zu der dieser verpflichtet ist, unmöglich, den schon gezahlten Kaufpreis gegen eine Forderung des Verkäufers aufzurechnen; denn der Käufer hätte zunächst ja keinen Rückforderungsanspruch der gezahlten Kaufpreissumme, sondern nur einen Anspruch auf Zustimmung des Verkäufers zum Vertragsschluß. Sodann wäre eine Vertragsofferte, die Minderung begehrte, nur dann vollständig, wenn der Käufer darin die Höhe der gewünschten Herabsetzung des Preises erwähnte.[7]) Eccius[8]) weist ganz richtig auf die Schwierigkeiten bei der Minderungsklage hin. Klagt der Käufer auf Preisherabsetzung um $^1/_3$, findet das Gericht aber, Minderung um $^1/_4$ wäre nur gerechtfertigt, so müßte es folgerichtig den Kläger abweisen. Denn dieser wollte einen Vertrag des Inhalts schließen, daß der Kaufpreis um $^1/_3$ herabgesetzt würde, und das Gericht soll ja nur die einseitige Willenserklärung des Verkäufers durch sein Urteil ersetzen; mit einer Herabsetzung um $^1/_4$ brauchte der Käufer aber keineswegs einverstanden zu sein. Die Praxis, die heute noch Anhängerin der Vertragstheorie ist, geht allerdings hierauf unlogischerweise, aber dem praktischen Bedürfnis und dem Rechtsgefühl entsprechend nicht ein.

Vor allem aber kommen die Anhänger der Vertragstheorie zu dem recht unpraktischen Ergebnis, daß zunächst nur auf Einwilligung des Verkäufers und erst später, nachdem der Beklagte rechtskräftig verurteilt ist, auf Rückerstattung oder Herabsetzung

---

[4]) So Enneccerus Bd. 1,2 S. 315 ff.; Matthiaß in DJZ. 1902 S. 206 ff.; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 216 ff.

[5]) z. B. Dernburg Bd. 2, 2 S. 75.

[6]) Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 43 S. 329; Langheineken S. 219.

[7]) Enneccerus Bd. 1, 2 S. 315; Prot. der 2. Kommission Bd. 6 S. 181.

[8]) Eccius a. a. O. S. 333.

der Kaufpreissumme geklagt werden kann.[9]) Beide Klagen miteinander zu verbinden, halte ich nicht für richtig. Die klagweise Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Vertrage, bevor dieser überhaupt geschlossen ist, scheint mir einen Widerspruch in sich selbst zü enthalten. Die Protokolle[10]) erklären eine Verbindung beider Klagen allerdings für selbstverständlich, ohne dabei jedoch diese keineswegs ohne weiteres klare Auffassung zu begründen, und auch in der Literatur finden sich gegenteilige Meinungen.[11]) Crome mag vielleicht recht haben, daß durch die Trennung beider Klagen sich unnötigerweise Prozesse anhäufen. Damit kann er aber den Willen des Gesetzes unmöglich umkehren. Und dieser geht offenbar dahin, daß nur in den Fällen der §§ 257—259 ZPO. auf eine künftige Leistung geklagt werden kann. Daher stützen sich auch einige Gegner der von mir vertretenen Ansicht, so insbesondere Dernburg,[12]) auf den § 259 ZPO. Selbst wenn anzunehmen wäre, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen könnte, so ist dieser Ansicht doch entgegenzuhalten, daß es sich hier ja noch gar nicht um einen bestehenden Anspruch auf künftige Leistung wie in den ähnlichen Fällen der §§ 257 und 258 ZPO. handelt, sondern der Anspruch kommt hier überhaupt erst mit der Rechtskraft des die Einwilligung des Verkäufers ersetzenden Urteils zur Entstehung.[13])

Aus den unpraktischen Folgen der Vertragstheorie auf ihre Unrichtigkeit schließen zu wollen, wäre falsch; die Unannehmbarkeit dieser Auffassung könnte sich ja nur aus dem Gesetz selbst ergeben. Einigen von den Gegnern der Vertragstheorie kann man nun m. E. den Vorwurf nicht ersparen, daß sie in der Überzeugung von den unpraktischen Resultaten der Vertragstheorie

---

[9]) Näheres bei Langheineken a. a. O. S. 216; Haymann in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 537; Matthiaß in DJZ. 1902 S. 206; Planck, BGB. zu § 462 Anm. 3; Dernburg Bd. 2, 2 S. 74; Eccius a. a. O. S. 320.

[10]) Prot. der 2. Kommission Bd. 1 S. 680.

[11]) Flechtheim a. a. O. S. 74 ff.; Crome Bd. 2 S. 460; Oertmann im Recht 1904 S. 5; Endemann § 161 Anm. 37; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 383; OLG. Bd. 4 S. 36.

[12]) Dernburg Bd. 2, 2 S. 75 Anm. 18.

[13]) So Haymann S. 515 ff.; Langheineken S. 218.

bestrebt sind, annehmbarere Ergebnisse durch Aufstellung einer anderen Theorie heibeizuführen, und daß sie das Gesetz ihrem Wunsche gemäß auslegen. Die oben angeführten Folgen der Vertragstheorie mögen vielleicht eine Vermutung dafür abgeben, daß das Gesetz eine andere Auffassung von den ädilizischen Ansprüchen ausspricht, ein unbedingter Beweis für ihre Unrichtigkeit sind sie jedenfalls nicht. Dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch doch die Vertragstheorie möglicherweise angenommen hat, spricht zweifellos, wenigstens auf den ersten Blick, der Wortlaut des Gesetzes. Jeder unbefangene Leser, insbesondere der junge Jurist, wird den § 465 BGB. unbedenklich dahin auslegen, daß Wandelung und Minderung nur durch einen Vertragsschluß vollzogen werden. Es wird unten gezeigt werden, daß einige namhafte Juristen dem § 465 BGB. einen anderen Sinn beilegen.

Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht, der Restitutionstheorie,[14]) stimmen in dem Punkte allgemein überein, daß Wandelungs- und Minderungsanspruch keineswegs mit Anspruch auf Zustimmung zu einem Vertragsschluß zu identifizieren sei. In Einzelheiten allerdings weichen sie voneinander ab. Die Restitutionstheorie legt dem § 465 BGB. nicht die große Bedeutung bei wie die Gegenmeinung. Einige ihrer Anhänger verlegen sogar den Schwerpunkt ihrer Lehre in den § 462 BGB. und bauen auf diesem Fundament ihre Begriffe „Wandelungs- und Minderungsanspruch" auf. Nach dieser Theorie gehen die ädilizischen Ansprüche nicht auf Zustimmung des Verkäufers, sondern sie haben bereits die Durchführung der Wandelung oder Minderung zum Gegenstande. Der klagende Käufer will nicht einen Richterspruch, der die Zustimmungserklärung des beklagten Verkäufers zum Vertrag ersetzt, sondern in dem Urteil soll unmittelbar die Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises oder zur Preisherabsetzung ausgesprochen werden.

---

[14]) Eccius a. a. O. S. 305 ff.; Matthiaß in DJZ. 1902 S. 205 ff., Lehrb. S. 276; Haymann a. a. O. S. 509 ff.; Langheineken S. 215 ff.; Werner im Recht 1902 S. 282 ff.; Enneccerus S. 314 ff.; Staub zu § 377 Anm. 63; Gaupp-Stein zu § 260 Anm. IIb; RG. Bd. 58 S. 424, Bd. 66 S. 75, Bd. 70 S. 198; im Recht Bd. 6 S. 97, Bd. 16 Nr. 988.

Die Ansicht von Eccius,[15]) der als Hauptverfechter der Restitutionstheorie durch eine Anzahl neuer Gedanken in der Juristenwelt Aufsehen erregt hat, möchte ich etwas eingehender behandeln.

Eccius geht von der irrigen Auffassung einiger Vertreter der Vertragstheorie aus, daß die Klage auf einen Vertragsschluß mit der auf Rückzahlung oder Herabsetzung des Preises verbunden werden könne, und kommt dabei des näheren auf § 462 BGB. zu sprechen. Den Sinn dieses Paragraphen legt er dahin aus, daß die Worte „Rückgängigmachung des Kaufs" absichtlich an Stelle des Wortes „Aufhebung" gewählt seien und andeuten sollten, daß auf Grund des Wandelungsrechts dasjenige rückgängig gemacht werden soll, was gemäß dem Kaufvertrag geleistet ist. Es unterliegt m. E. keinem Zweifel, daß das Gesetz eine Definition der ädilizischen Ansprüche aufgestellt hat; die Frage ist nur, ob dies im § 462 oder im § 465 BGB. geschehen ist. Wandelung bedeutet „Rückgängigmachung des Kaufs" und Minderung „Herabsetzung des Kaufpreises". In der Tat können diese Worte dem Sprachgebrauch gemäß gar nicht anders gedeutet werden als Beseitigung aller Wirkungen des Kaufvertrags, der unmittelbaren wie der auch nur mittelbaren, und als wirklicher Verzicht auf einen Teil des Kaufpreises oder Rückzahlung eines Teils des bereits gezahlten Preises. Man kann nicht annehmen, daß das Gesetz im § 465 BGB. nochmals eine Definition, und zwar eine ganz andere hat geben wollen.[16]) Auf diese Weise ergibt sich von selbst die Notwendigkeit, den § 465 BGB. auf seine Bedeutung hin genau zu untersuchen und zu sehen, ob ihm unbedingt nur der Sinn beigelegt werden kann, den die Vertragstheorie aus ihm herausliest. Eccius meint nun, aus den Worten „ist vollzogen" statt „wird vollzogen" in § 465 BGB. sei zu schließen, daß das Gesetz nur einen Zeitpunkt habe festsetzen wollen, von welchem ab der Käufer an seine Wahl zwischen den ädilizischen Ansprüchen gebunden sei. Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die 2. Kommission den § 465 BGB. in dem Gedanken angenommen hat,

---

[15]) Eccius a. a. O. S. 316 ff.

[16]) So Langheineken a. a. O. S. 228.

um durch ihn den Augenblick zu bestimmen, von dem an der Käufer von seiner Wahl nicht mehr abgehen kann.[17]) Eccius interpretiert den Wortlaut des § 465 BGB. aber noch weiter, indem er sagt, durch das Wort „wenn" sei nur das eine zum Ausdruck gebracht, „daß die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollziehung gesetzt werden könne und dann bereits mit der Willenseinigung, nicht erst mit der Vollführung dessen, was danach geschehen soll, vollführt sei". Dieser Gedanke ist einleuchtend, und man muß wohl annehmen, daß in § 465 BGB. etwa die Worte ständen „... wird dadurch vollzogen, daß ...", wenn das Gesetz nicht hätte zum Ausdruck bringen wollen, daß dies nur ein Weg ist, aber keineswegs der einzige zu sein braucht, auf dem der Käufer seinem Rechte Geltung verschaffen kann. Der Gedanke von Eccius hat auch in der Literatur Anklang gefunden.[18]) Man muß sich aber doch wundern, warum der hier angenommene Sinn des § 465 BGB. nicht klarer im Gesetz formuliert ist; zunächst scheint er sich ja in schärfstem Widerspruch zu dem klaren und m. E. gar nicht anders auslegbaren Inhalt des § 462 BGB. zu befinden. § 465 BGB. enthält also keineswegs nur die überflüssige Bestimmung, daß die Parteien einen den Kaufvertrag wiederaufhebenden neuen Vertrag schließen können, sondern er will, wenigstens nach Ansicht von Eccius und dessen Anhängern, ausdrücken, daß nicht schon durch einfache Erklärung des Käufers, sondern neben der tatsächlichen Wiederannahme des ganzen oder teilweisen Kaufpreises seitens des Käufers von seinem Kontrahenten durch einen Vertragsschluß ebenfalls das jus variandi des Käufers erlischt.[19])

Hier sei auch auf den § 478 Abs. 1 BGB. hingewiesen, den einige Anhänger der Restitutionstheorie als Argument anführen;[20]) § 478 beweise die Existenz der Wandelungs- und Minderungseinrede auch schon vor der Verjährung beider Ansprüche und

---

[17]) Prot. der 2. Komm. Bd. 1 S. 708 ff.

[18]) So bei Enneccerus, Lehrb. Bd. 1, 2 S. 316; Langheineken a. a. O. S. 220.

[19]) So auch RG. Bd. 59 S. 98.

[20]) Eccius a. a. O. S. 321; Lobe im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 115; Haymann a. a. O. S. 544.

somit auch das Vorhandensein einer actio, die auf Befreiung von der Kaufpreisschuld ginge. Sehr überzeugend erscheint mir diese Schlußfolgerung nicht; jedenfalls ist aber die Ansicht Flechtheims,[21]) der die exceptio des § 478 BGB. aus dem Schikaneparagraphen, 226 BGB., abzuleiten sucht, als gekünstelt und möglicherweise als unrichtig abzulehnen.

Die Restitutionstheorie ist vor allem von Oertmann[22]) scharf angegriffen worden. Außer dem Wortlaut des § 465 BGB. und dessen geschichtlicher Entwicklung spräche für die Richtigkeit seiner Ansicht der Umstand, daß in den Fällen, in denen der Käufer den Preis noch nicht bezahlt hätte, kein Raum für einen Rückgewährsanspruch, d. h. Wandelungsanspruch im Sinne der Restitutionstheorie, wäre. Dem ist mit Langheineken[23]) folgendes entgegenzuhalten: Ohne Rücksicht auf die Zahlung entsteht der Wandelungsanspruch und ist der Verjährung ausgesetzt. Ist der Kaufpreis gezahlt, so geht der Wandelungsanspruch auf Rückgewähr des Preises, ist er noch nicht gezahlt, logischerweise auf Befreiung von der Verpflichtung zu zahlen. Oertmann[24]) meint, durch diesen Gedanken „würde eine seltsame, anstößige Ungleichmäßigkeit der Rechtslage eingeführt"; vor erfolgter Preiszahlung „läge nichts näher, als es einfach bei dem bisherigen Zustande bewenden zu lassen und spätestens in der Berufung des beklagten Käufers auf Wandelung deren rechtsvernichtende Vollziehung zu erblicken". Das ist falsch; der Käufer kann ein erhebliches Interesse daran haben, von der Schuld befreit zu werden, auch wenn die Leistungsklage gegen ihn nicht angestrengt ist, und m. E. hat er demnach auch vor der Preiszahlung einen Anspruch auf Rückgewähr, zwar nicht des Kaufpreises, aber doch des von ihm seinem Käufer eingeräumten Forderungsrechts. Als weiteren Grund für seine Ansicht führt Oertmann an, der Wandelungsanspruch als Anspruch auf Rückgewähr müßte der kurzen Verjährung des § 477 BGB. unterliegen, also schneller verjähren

---

[21]) Flechtheim a. a. O. S. 87 ff.; dagegen Matthiaß in DJZ. 1902 S. 208.

[22]) Oertmann zu § 465 BGB. im Recht 1904 S. 4 ff., 29 ff.

[23]) Langheineken a. a. O. S. 230.

[24]) Oertmann im Recht 1904 S. 31.

als der entsprechende des Verkäufers; denn dieser habe keinen Wandelungsanspruch, sondern nur einen gewöhnlichen, nicht unter § 477 BGB. fallenden Rückgewährsanspruch. Insoweit hat Oertmann sicherlich recht. Hierdurch würden nun die Interessen des schutzbedürftigen Käufers in höchst auffälliger Weise denen des Verkäufers hintangesetzt. Ich kann das nicht einsehen; denn es entspricht doch wohl der Billigkeit, daß der Verkäufer nicht übermäßig lange der Gefahr ausgesetzt ist, vom Käufer in Angriff genommen zu werden. Es steht fest, daß der Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der gelieferten Sache erst mit Vollziehung der Wandelung entsteht. Vollzogen aber werden die ädilizischen Ansprüche, wie Langheineken[25]) m. E. richtig betont, durch Vertrag gemäß § 465 BGB. oder durch ein auf die Durchführung der Wandelung oder Minderung, nicht etwa auf ihre Vollziehung, erkennendes rechtskräftiges Urteil. Wann werden die Ansprüche aber vollzogen, wenn der Verkäufer auf das Wandelungsverlangen des Käufers hin diesem den Kaufpreis zurückschickt? Ich glaube die Frage dahin beantworten zu müssen, daß dies in dem Augenblicke geschieht, in welchem der Käufer von der Rückleistung des Verkäufers Kenntnis erhält. Denn in der Zahlung des erhaltenen Kaufpreises liegt in der Tat nichts anderes als die Erklärung des Verkäufers, er sei mit der Vollziehung des Anspruches einverstanden. Vollziehung und Durchführung berühren sich hier, lassen sich aber doch scharf trennen; das bloße Bewußtsein des Käufers von der Rückleistung des Verkäufers deckt sich ja keineswegs mit den mannigfaltigen zu erfüllenden beiderseitigen Verbindlichkeiten. Oertmann macht der Restitutionstheorie den unberechtigten Vorwurf, sie käme auf die Weise zu einer Vorleistungspflicht des Verkäufers, während sich doch aus den §§ 467 und 348 BGB. die Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug ergäbe. Von einer Vorleistungspflicht zu reden, halte ich nicht für richtig; jedenfalls besteht kein unbedingter Zwang des Verkäufers, den Preis zunächst zurückzuzahlen, wenn er seine gelieferte Sache wiederhaben will. Das Gesetz gibt ihm ja im § 465 BGB. die Möglichkeit, durch baldige Zustimmungserklärung

[25]) Langheineken S. 235 ff.

die Ansprüche zu vollziehen, so daß sich dann zwei gegenseitige, Zug um Zug zu erfüllende Ansprüche gegenüberstehen.

Eine eigenartige Stellung als Anhänger der Vertragstheorie nimmt Dernburg ein.[26]) Den an sich folgerichtigen Gedanken Plancks,[27]) daß der Käufer an seinen Antrag zum Vertragsschluß während der Antragsfrist gebunden sei, daß also die §§ 145 ff. BGB. Anwendung finden müßten, verwirft er als unpraktisch; mit welcher Begründung, ist nicht recht ersichtlich. Im übrigen schließt er sich der Vertragstheorie an und meint schließlich seltsamerweise, „es bliebe nichts übrig, als alle Folgerungen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch seien". Dies im Einklang mit dem Gesetz durchzuführen, dürfte aber wohl schwerlich möglich sein.

Noch andere erwähnenswerte Argumente als die bereits behandelten werden von Anhängern der Vertragstheorie zur Begründung ihrer Ansicht nicht ins Feld geführt. Nur Flechtheim[28]) sucht in seiner beachtenswerten Abhandlung die rechtliche Möglichkeit einer Verbindung der Klage auf Zustimmung zum Vertragsschluß mit der auf Preisrückzahlung zu beweisen. Er selbst gibt zu, daß der erhobene Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nur ein bedingter ist. Wie schon oben erwähnt ist, kennt unser Prozeßrecht zwar in beschränktem Maße Fälle, in denen Ansprüche auf künftige Leistungen geltend gemacht werden können, aber nirgends bietet sich eine Handhabe dafür, daß auch ein künftiger Anspruch auf eine Leistung erhoben werden kann.

Die vorstehenden Erörterungen mögen genügen, um einen kurzen Einblick in dies viel umstrittene Kapitel der Rechtswissenschaft zu gewähren. Ich schließe mich der Restitutionstheorie an, ohne dabei die Behauptung aufstellen zu wollen, daß sie zweifellos die allein richtige sei. Auch für die Vertragstheorie spricht mancherlei; aber diese Gründe erscheinen mir, ganz abgesehen von den unpraktischen Konsequenzen, weniger durchschlagend und eher widerlegbar als die für die Restitutionstheorie angeführten Argu-

---

[26]) Dernburg a. a. O. S. 74ff.

[27]) Planck, BGB. zu § 465.

[28]) Flechtheim a. a. O. S. 72ff.

mente; insbesondere dem § 465 BGB. kann ja im Gegensatz zur Vertragstheorie eine andere ganz ungezwungene Auslegung gegeben werden, während die klaren Definitionen des § 462 BGB. nicht mißverstanden werden können.

Festzuhalten ist jedenfalls daran — worauf es bei dieser Abhandlung besonders ankommen wird —, daß die beiden ädilizischen Ansprüche zum mindesten auch durch einen Vertragsschluß vollzogen werden. Ihre Vollziehung hat die Beseitigung des Wahlrechts des Käufers zur Folge; bis dahin stehen ihm beide Ansprüche zu, wie sich aus § 462 und der Nichterwähnung eines früheren Wegfalls des Wahlrechts ergibt. Daß das jus variandi jedoch spätestens durch die Vollziehung eines Anspruchs erlischt, wird dadurch evident, daß das Gesetz nur die Geltendmachung des einen oder des andern Anspruchs zuläßt. Ob durch den Wandelungsvollzug die beiderseitigen noch unerfüllten Forderungen unmittelbar erlöschen,[29]) oder ob, was mir logischer erscheint, jede Partei nur gemäß den §§ 467 Satz 1 und 346 Satz 1 BGB. zur Aufhebung ihres Forderungsrechts verpflichtet ist, ist für uns weniger von Bedeutung und m. E. auch praktisch fast gegenstandslos. Sind die Ansprüche vollzogen, so steht dem Käufer, der auf Zahlung des früher vereinbarten Kaufpreises verklagt wird, im Prozeß eine rechtsaufhebende Einwendung zu, welche scharf zu trennen ist von der nunmehr zu behandelnden Einrede des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs.

§ 2.

Die Wandelungs- und Minderungseinrede.

Ob dem beklagten Käufer eine Wandelungs- und Minderungseinrede zusteht, darüber enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung, und es finden sich daher auch Ansichten namhafter Juristen,[30]) welche die Existenz dieser Einrede nicht anerkennen.

---

[29]) So Langheineken S. 234, 314ff.

[30]) Crome, Lehrb. Bd. 2 S. 475; Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 50; Kohler in ZZP. Bd. 29 S. 33.

Demgegenüber muß man unbedingt der herrschenden Meinung[31]) — darunter sind auch Anhänger der Vertragstheorie — recht geben, welche die Einrede für zulässig hält. Ihre Möglichkeit, ja sogar ihre Notwendigkeit, ergibt sich vor allem aus § 478 BGB. Es wäre nicht zu verstehen, warum der Käufer unter Umständen nach Verjährung seines Wandelungsanspruchs die Zahlung verweigern kann, wenn er nicht schon vor der Verjährung das Recht dazu hätte;[32]) durch § 478 BGB. soll die Möglichkeit, die Einrede vorzubringen, auch über die Verjährung hinaus perpetuiert werden. Dafür spricht auch das unannehmbare Ergebnis, daß die Kaufpreisforderung, die gemäß den §§ 478, 390 BGB. nach der Verjährung des Wandelungsanspruchs vom Verkäufer nicht aufgerechnet werden kann, vor dessen Verjährung durch Aufrechnung getilgt werden könnte. Schließlich läßt sich als Begründung auch die dem praktischen Bedürfnis unbedingt entsprechende allgemeine Regel anführen, daß ein Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit — und diesen Inhalt hat, wie oben dargelegt ist, auch der Wandelungsanspruch — einredeweise gegen die geltend gemachte Forderung, die Gegenstand der Verbindlichkeit ist, vorgebracht werden kann; als Beispiele seien angeführt die Bereicherungs- und Deliktseinrede der §§ 821 u. 853 BGB.

Was die Natur der Wandelungs- und der Minderungseinrede anlangt, so sind sie Einreden sowohl im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs wie der Zivilprozeßordnung. Das Bürgerliche Gesetzbuch bringt allerdings nirgends deutlich zum Ausdruck, was es unter einer materiellrechtlichen Einrede verstanden wissen will. Denn auch aus § 390 BGB., der nur erklärt, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, läßt sich eine gesetzliche Definition nicht entnehmen. In allen Fällen aber, in denen das Gesetz entweder selbst von

---

[31]) Staudinger zu § 462 Anm. IV; Matthiaß in DJZ. 1912 S. 208; Langheineken a. a. O. S. 239; Eccius a. a. O. S. 322; Haymann a. a. O. S. 544; Enneccerus, Lehrb. Bd. 1, 2 S. 322; Cosack, Lehrb. S. 513; Planck, BGB. zu § 478 Anm. 2a; Leonhard, Allgem. Teil S. 392; Flechtheim a. a. O. S. 89 mit eigenartiger Begründung; OLG. Bd. 4 S. 35, Bd. 12 S. 56.

[32]) Matthiaß a. a. O. S. 208; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 23c; Haymann a. a. O. S. 544.

Einreden spricht, oder sich doch der Sprachgebrauch des Wortes Einrede bedient, findet sich ein gemeinsames Merkmal, nämlich das, daß derjenige, dem das Einrederecht zusteht, berechtigt ist, seine Leistung dauernd oder nur auf Zeit zu verweigern. Der gemeinsame Inhalt aller materiellrechtlichen Einreden ist die rechtliche Möglichkeit, durch eine einseitige Willenserklärung die Geltendmachung eines Anspruches auszuschließen, d. h. ein Leistungsverweigerungsrecht.[33])

Es ist die Ansicht vertreten, daß „eine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Anspruch, dem sie entgegensteht, zwar nicht unbedingt, aber für den Fall ihrer Geltendmachung ausschließt".[34]) Diese sicherlich irrtümliche Auffassung wird neuerdings mehr und mehr verlassen. Ihr tritt man fast allgemein mit dem richtigen Gedanken entgegen, man müsse unterscheiden zwischen einem untergegangenen Anspruch und einem solchen, dessen Geltendmachung infolge einer dauernden Einrede, wie z. B. der Wandelungs- und Minderungseinrede, ausgeschlossen sei;[35]) der Gebrauch einer peremtorischen Einrede sei also keineswegs als Aufhebungsgrund des Anspruchs anzusehen, sondern schließe nur dessen Geltendmachung aus. Was insonderheit die hier zu behandelnden Einreden angeht, so scheint mir folgendes einleuchtend: Macht der beklagte Käufer einredeweise seinen Wandelungs- oder Minderungsanspruch, d. h. seinen Anspruch auf Befreiung von der ganzen oder teilweisen Kaufpreisforderung, geltend, so werden dadurch die Ansprüche jedenfalls nicht vollzogen, und der Beklagte behält sein jus variandi. Nicht einmal durch ein die Klage abweisendes Urteil würde ein veränderter Zustand geschaffen;[36])

---

[33]) Näheres vgl. Friedenthal a. a. O. S. 38 ff.; Langheineken a. a. O. S. 43 ff.; Hölder im ArchZivPrax. Bd. 93 S. 71 ff.

[34]) Hölder im Recht 1900 S. 163; Hölder in ZZP. Bd. 29 S. 72; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 9 u. 10 und Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 27 Anm. 10.

[35]) Enneccerus Bd. 1, 2 S. 323; Friedenthal a. a. O. S. 67, 69; Crome Bd. 1 S. 556 Anm. 8; Hellmann, Vorträge S. 201; vor allem die ausführliche Abhandlung von Langheineken a. a. O. S. 344 ff.

[36]) So z. B. Planck, BGB. zu § 478 Anm. 2a; Flechtheim a. a. O. S. 89 ff.; Langheineken S. 242, 237; OLG. Bd. 12 S. 56; Recht 1909 Nr. 3542; and. A. Eccius a. a. O. S. 325 ff.; Matthiaß a. a. O. S. 208; Werner im Recht Bd. 6 S. 338 VII.

denn nur insoweit über den in der Klage erhobenen Kaufpreisanspruch entschieden ist, wird das Urteil rechtskräftig (§ 322 Abs. 1 ZPO.). Würden die beiden Einreden nun wirklich die Wirkung haben, daß die Kaufpreisforderung ganz oder zum Teil ohne weiteres unterginge, so hätte der beklagte Käufer damit schon das erreicht, was, wie oben dargelegt ist, frühestens die unmittelbare Folge des Vollzugs der Ansprüche sein kann und m. E. damit schon Gegenstand ihrer Durchführung ist. Der Gedanke, daß eine peremtorische Einrede den geltend gemachten Anspruch vernichtet, würde somit in Widerspruch stehen mit der Natur der ädilizischen Ansprüche, und wollte man wirklich annehmen, daß durch die Wandelungs- und Minderungseinrede die Ansprüche vollzogen werden, so käme man damit zu dem unbilligen Ergebnis, daß eine bloße defensive Behauptung des Beklagten in Gestalt einer peremtorischen Einrede, zu der er durch die Klageerhebung genötigt ist, also nicht etwa eine zur Aufhebung des Anspruchs doch wohl erforderliche Willenserklärung, die Beseitigung herbeiführt.

Bringt der beklagte Käufer in der mündlichen Verhandlung eine der beiden Einreden vor, so behauptet er nach der Restitutionstheorie nicht einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrags, sondern er meint ein Recht darauf zu haben, daß der Verkäufer bei der Rückgängigmachung des Kaufs die Geltendmachung eines Rechts aus dem Kaufvertrage unterlasse. In der Literatur findet sich nun eine Richtung vor, welche in jede der beiden Einreden eine Offerte des Beklagten zu einem Wandelungs- oder Minderungsvertrag hineinlegt, und zwar aus dem Gedanken heraus, es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Beklagte etwas anderes zum Ausdruck bringen wollte, als daß er nicht zahlen wolle, der Kläger seine Lieferung aber wieder zurückerhalten könne.[37]) Ich werde unten gelegentlich der Erörterung der Prozeßhandlungen hierauf zurückkommen und zeigen, daß man dieser Behauptung nur bedingt zustimmen kann. Vorläufig sei darauf hingewiesen, daß bei dem Abschluß eines Vertrags gemäß § 465 BGB. die §§ 145 ff. BGB. zur Anwendung kommen müssen; ein Vertrag unter Anwesenden kann daher nur

[37]) So Enneccerus Bd. 1, 2 S. 323; Eccius a. a. O. S. 322; Langheineken a. a. O. S. 242; Flechtheim a. a. O. S. 93.

geschlossen werden, wenn die Offerte sofort, nachdem sie gestellt ist, angenommen wird. Dies wird von einigen, z. B. von Oertmann, nicht anerkannt, da es dem praktischen Bedürfnis nicht entspräche, und da es an die schnelle Entschlußfähigkeit des Verkäufers zu hohe Anforderungen stelle. Ich glaube nicht, daß man deshalb ohne weiteres die Anwendung der §§ 147 ff. BGB. ausschließen darf. Das zweifellos unpraktische Ergebnis kann möglicherweise auf einem anderen Wege vermieden werden. Es muß vor allem untersucht werden, wann die Einrede und somit auch eine mit ihr vielleicht verbundene Offerte als vorgebracht, und wie lange sie als vorhanden anzusehen ist. Dies hängt jedoch eng mit der Lehre von den Prozeßhandlungen zusammen und wird demnächst unten näher behandelt werden.

Zweites Kapitel.

Über die Parteihandlungen im Zivilprozeß.

§ 3.

Das Prozeßrechtsverhältnis.

Wenn man sich den Einfluß der Klagezurücknahme und des Verzichts auf die vorgeschützte Wandelungs- oder Minderungseinrede klar machen will, so ist es unerläßlich, die mannigfaltigen Handlungen der Parteien während des Prozesses nach Inhalt und Wirkungen im allgemeinen zu betrachten und möglichst scharf die einzelnen Arten voneinander zu trennen.

Jeder Zivilprozeß dient zur Durchführung von privaten Rechten der einzelnen Personen. Das Privatrecht enthält die Bestimmungen darüber, welche wirtschaftlichen oder sittlichen Interessen zu schützen sind, und verspricht diesen Interessen Schutz. Das Privatrecht bezweckt den Interessenschutz, sagt aber nicht, auf welche Weise dieser zu gewähren ist. Das ist vielmehr Inhalt und Aufgabe des Prozeßrechts; die prozeßrechtlichen Normen geben Auskunft darüber, wie der Zweck des Privatrechts erreicht wird.

Der Prozeß ist an die Stelle der Selbsthilfe getreten; der einzelne schafft sich Recht nicht mehr durch seine eigene Kraft, sondern durch die Macht des Gerichts, in der sich die Autorität des Staates zeigt. Der Staat verbietet, mit Ausnahme von einigen wenigen Fällen, dem Staatsbürger, seinen Anspruch selbst

zu befriedigen; er verpflichtet sich aber zugleich, jedermann seinen starken Arm zu leihen. Es läge somit nichts näher, als anzunehmen, daß jeder einen Anspruch gegen den Staat auf Schutz seines Rechts habe. Die Existenz eines solchen Rechtsschutzanspruchs wird jedoch in der Literatur zum Teil sehr in Abrede gestellt.[1])

Der Behauptung Kohlers, der Bürger habe keinen Anspruch gegen den Staat auf Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben, kann ich nicht zustimmen;[2]) den vom Staate auferlegten Pflichten des einzelnen entsprechen dessen Rechte. Eigenartig steht es aber mit dem Zivilprozeß: Für den Fall einer Anspruchsverletzung verpflichtet sich der Staat nicht ohne weiteres zu helfen; er schreitet nicht von selbst ein, sondern er wird nur dann tätig, wenn man ihn anruft. Es ist nicht seine Pflicht, dem A zu helfen, wenn B diesem seine Schulden nicht bezahlt. Das Gericht ist nur dann verpflichtet, tätig zu werden, wenn es angerufen wird. Berechtigt, Klage zu erheben, ist zwar jedermann zu jeder Zeit; eine Verpflichtung des Gerichts, tätig zu werden, wird aber erst durch die Erklärungshandlung der Klageerhebung aktuell. Diese Eigenart des Prozesses verkennt Kohler und geht bei der Erörterung der angeblich unhaltbaren Konsequenzen der von ihm bekämpften Ansicht (S. 16) von einer falschen Voraussetzung aus.[3]) Der Gedanke, daß der Staatsschutz nur dann geleistet wird, wenn er verlangt wird, liegt dem ganzen Prozeß zugrunde und steht in engem Zusammenhang mit der heute geltenden Verhandlungsmaxime.

---

[1]) Insbesondere von Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 13 ff.; dagegen vor allem Langheineken, Urteilsanspruch S. 15 ff.

[2]) Kohlers Beispiele sind schlecht gewählt. „Auf frische Luft" hat man allerdings keinen Anspruch; solche zu beschaffen, hat sich der Staat aber auch gar nicht verpflichtet.

[3]) Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß S. 69 spricht von „verzichtbaren Rechten". Man darf diesen Ausdruck aber nicht so verstehen, als ob der durch die Existenz irgendeines Prozeßrechts, sei es auf Klageerhebung, sei es eines solchen, welches das Prozeßverhältnis erst mit sich bringt, Betroffene von einer Verpflichtung befreit würde, wenn der Berechtigte auf die Geltendmachung seines Rechts verzichtet. Klagt der in seinem Anspruch Verletzte nicht, so geht keine richterliche Entscheidungspflicht unter, da ja bisher noch keine solche existiert.

Die Stellung des Gerichts zu den Parteien ist zum Gegenstande einer weiteren Zweifelsfrage geworden, nämlich der, ob der Prozeß ein Rechtsverhältnis zwischen dem Gericht, den Parteien und diesen untereinander oder lediglich zwischen den Parteien ist. Von einem Rechtsverhältnis spricht man immer dann, wenn rechtliche Beziehungen irgendwelcher Art zwischen zwei oder mehreren Personen vorhanden sind. Kohler mag recht haben, wenn er den Prozeß als „Parteienkampf, nicht als ein Sichbeschweren vor dem Richter“ [4]) auffaßt — selbst dann, wenn der Beklagte sich nicht verteidigt —, und wenn er sich weiter dahin äußert, daß der Kläger auf den Beklagten die Fülle staatlicher Autorität entladet, indem er sich des Gerichts bediente, das nicht ein den Parteien adäquater Faktor, sondern eine über ihnen stehende Macht sei; „die Richterbank stünde zu hoch, als daß sie mit den Parteien paktierte“. Aber selbst wenn das Gericht mit den Parteien als eine ihnen übergeordnete Größe nicht verhandelt, sondern nur entscheidet und gebietet, wie Kohler meint, so läßt sich doch nichts daran ändern, daß den gesetzlich normierten Rechten und Pflichten des Richters Pflichten und Rechte der Parteien entsprechen. Ein Irrtum Kohlers ist es jedenfalls, die Lösung der Frage davon abhängig zu machen, ob das Gericht ein Interesse an der Entscheidung des Prozesses hat oder nicht.[5]) Dem Gericht kann man allerdings kaum ein Interesse daran zusprechen, ob A oder B den Rechtsstreit gewinnt. Wenn aber der arme A dem reichen B eine Mark schuldet, so mag dieser vielleicht auch kein Interesse daran haben, ob das Schuldverhältnis besteht oder nicht; eine rechtliche Beziehung ist aber doch zwischen beiden vorhanden.

Daß auch zwischen den Prozeßparteien ein Rechtsverhältnis existiert, liegt auf der Hand und bedarf keiner Erörterung. Das Prozeßverhältnis besteht also zwischen den Parteien einerseits und einer jeden Partei und dem Gericht andererseits.[6])

---

[4]) a. a. O. S. 6ff.

[5]) Im Gedanken an die römische Prozeßobligation verkennt er den publizistischen Charakter unseres Prozesses (D. 15,1 l. 3 § 11).

[6]) So Wach, Handb. Bd. 1 S. 39; Bülow, Geständnisrecht S. 78 Anm. 1.

§ 4.

Begriff und Wirkungen der Prozeßhandlungen.

Wenn der Staat als Ersatz für die verbotene Selbsthilfe dem einzelnen die Möglichkeit einräumt, seinen Anspruch im Wege des Zivilprozesses befriedigen zu lassen, indem er ihn an die Gerichte verweist, so ist es natürlich, daß alle Handlungen der Parteien, durch die irgendwie auf das Prozeßverhältnis eingewirkt werden soll, wenn auch nicht unmittelbar an das Gericht gerichtet sein, so doch einmal zu seiner Kenntnis gelangen müssen. Ein Prozeßverhältnis schafft sich jemand nur deshalb, um ein Urteil zu erlangen, und alle Handlungen der einen und der anderen Partei, welche während des Prozeßverhältnisses und im Interesse seiner Weiterbildung vorgenommen werden, bezwecken nur, ein Urteil erwünschten Inhalts als die den Prozeß abschließende Richterhandlung zu erwirken. Dabei ist die Frage, ob das begehrte rechtskräftige Urteil Gesetzeskraft hat, ob es also als neue causa anzusehen ist oder nicht, zunächst bedeutungslos.[7]) Das Gericht kann nicht urteilen, ohne bestimmte unbedingt nötige Vorstellungen von einem Sachverhalt zu haben. Es ist aber nicht Pflicht des Richters, sich diese Vorstellungen selbst zu verschaffen, und auch das Gesetz setzt nur ganz ausnahmsweise das Vorhandensein bestimmter, diesem bekannter Tatsachen voraus,[8]) sondern es ist Sache der Parteien, ihm die zur Urteilsfällung erforderlichen, fehlenden Vorstellungen zu beschaffen. Dies geschieht durch Abgabe von Erklärungen, die deshalb von den Parteien gewollt sind, weil sie in dem Richter für die Entwicklung des Prozesses voraussichtlich bedeutsame Vorstellungen erregen.

Erklärungen sind stets Handlungen, zum Unterschied von dem prozessual bisweilen wichtigen passiven Verhalten einer Partei. Die eben erwähnten Parteierklärungen nennen wir Prozeßhand-

---

[7]) Näheres vgl. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 13ff.; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 111; Pollak a. a. O. S. 75ff.

[8]) vgl. §§ 291—293 ZPO., jura novit curia.

lungen. Sie werden von der Partei als solcher vorgenommen und scheiden sich von allen den Parteihandlungen ab, welche zwar ebenfalls an den Gegner oder an das Gericht gerichtet sind, die aber nicht im Interesse des Fortgangs des Prozesses vorgenommen werden, nicht den Prozeßbetrieb bezwecken. Diese letzteren Handlungen können, wie die Prozeßhandlungen, innerhalb oder außerhalb der mündlichen Verhandlung vorkommen. Sie können ferner materiellrechtlicher oder prozessualer Natur sein, wie z. B. die Aufforderung des Beklagten, Kläger möge ihm die eingeklagte Summe stunden, oder die Beschwerde einer Partei gegen die Handhabung der Sitzungspolizei. Von den Prozeßhandlungen sind sie um so schärfer zu trennen, je mehr sie ihnen äußerlich ähneln.

Der Begriff „Prozeßhandlung“ ist noch etwas fester zu umgrenzen. Sucht man nach einer Definition, so darf man weder von den Subjekten ausgehen, welche die Handlungen vornehmen, noch von der Form, in die die Handlungen gekleidet sind. Beides wäre zu weit und farblos: Es gibt Handlungen, die von den Parteien als den Prozeßsubjekten vorgenommen werden und doch keine Prozeßhandlungen sind, andererseits ist die prozessuale Form nicht wesentlich für den Begriff, es gibt auch formlose Prozeßhandlungen. Auf dem richtigen Wege befindet man sich, wenn man den Erfolg ins Auge faßt.[9] Die Definition, Prozeßhandlung sei jede Handlung, die einen prozessualen Erfolg habe, ist jedoch noch nicht exakt genug. Prozessuale Wirkungen auf das Prozeßverhältnis können hervorgerufen werden entweder durch Prozeßhandlungen oder andere auf Grund der Prozeßgesetze wirksame Ereignisse, z. B. durch den Tod einer Partei. Daß die Handlungen, durch welche diese letzteren Ereignisse herbeigeführt werden, keine Prozeßhandlungen sind, erscheint mir klar.[10] Es ist außerdem noch erforderlich, daß die prozessualen Wirkungen

[9]) Ähnlich Walsmann im ArchZivPrax. Bd. 102 S. 13.

[10]) Die Tötung des Gegners ist allerdings keine Prozeßhandlung, wie Walsmann richtig bemerkt; aber doch wohl nur deshalb ist sie das nicht, weil die Unterbrechung gemäß § 239 ZPO. nicht eine Folge der Tötungshandlung, sondern des Todes ist; vgl. Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 8 Anm. 10.

nach dem Willen des Handelnden auf Grund von Prozeßrechtsnormen durch Vornahme bestimmter Handlungen entstehen. Würde man hiervon absehen, so müßte man eine Parteihandlung, durch die das Gericht irrtümlicherweise dem Gesetz zuwider zu einer die prozessuale Rechtslage beeinflussenden Entscheidung veranlaßt würde, als Prozeßhandlung betrachten. Prozeßhandlungen[11]) sind also alle Handlungen, durch welche der Prozeß begonnen, fortgeführt oder beendigt wird, und die kraft Gesetzes diese vom Handelnden gewollte Wirkung ausüben.[12]) Sie sind entweder Partei- oder Richterhandlungen. Für den Begriff der Prozeßhandlung ist es bedeutungslos, ob sie den Fortgang des Verfahrens fördert oder hindert. Bewußt unwahre Behauptungen und Einlegen von ganz aussichtslosen Rechtsmitteln sind auch Prozeßhandlungen.[13]) Das Prozeßrecht hat seinen eigenen Begriff „Handlungen". Nach den Prozeßgesetzen sind diese alle rechtmäßig, „rechtswidrige Handlungen" gibt es zum Unterschied vom Zivilrecht nicht. Handlungen, die den Prozeßgesetzen widersprechen, sind keine Handlungen im Sinne des Prozeßrechts.

Auf eine bedeutungsvolle Eigenschaft der Prozeßhandlungen sei an dieser Stelle noch hingewiesen: Prozessuale Handlungen können niemals privatrechtliche Wirkungen hervorrufen. Kohler ist entgegengesetzter Ansicht[14]) und behauptet, zivilistische Rechtshandlungen „könnten in den Prozeß hineingezogen und dadurch zu Teilen des Prozesses werden". Als solche würden sie prozessual und müßten sich nach den Regeln des Prozesses behandeln lassen; sie wirkten nunmehr als Prozeßhandlungen auf das Privatrecht ein, und zwar „kraft der Übermacht des öffentlichen Rechts über

---

[11]) „Prozeßführungshandlungen" nach Hellwig S. 8 a. a. O.; im weiteren Sinne sind Prozeßhandlungen alle die Handlungen, die prozeßrechtlich geregelte Folgen haben, also nicht notwendig auf den Gang des Prozesses einen Einfluß ausüben.

[12]) vgl. Walsmann a. a. O. S. 211. M. E. brauchen die Prozeßhandlungen nicht notwendig Willensäußerungen zu sein; sie kommen auch als Wissenserklärungen vor; darüber Näheres unten.

[13]) So auch Hellwig a. a. O. S. 9.

[14]) Kohler in ZZP. Bd. 29 S. 1ff.; ebenso, aber ohne Begründung, Weismann, Lehrb. S. 299.

das private". Kohler verkennt damit das Wesen der Prozeßhandlungen. Wird eine zivilistische Rechtshandlung vorgenommen, so hat sie entweder sofortige Wirkungen oder überhaupt keine; künftig, also betagt oder bedingt, wirkt sie nur dann, wenn sie kraft ihres Inhalts diese Wirkung haben soll. Anders steht es mit den Prozeßhandlungen. Diese sind nur in verschiedenartiger Verbindung mit richterlichen Handlungen wirksam, mag es auch nur eine bloße Kognitionstätigkeit des Gerichts sein. Insofern ist ihre den weiteren Gang des Verfahrens beeinflussende Wirkung hinausgeschoben. Sie erzeugen zwar dann bisweilen eine feste prozessuale Rechtslage — so vor allem die prozessualen Rechtsgeschäfte, die unten zu behandeln sind —, aber doch nur in dem sich fortentwickelnden Verfahren. Der Endzweck und die mittelbare prozessuale Wirkung der Prozeßhandlungen ist das Urteil, das sich aus den verschiedenen, durch Prozeßhandlungen geschaffenen rechtlichen Situationen ergibt. Ob die Prozeßhandlungen mittelbar auch eine Wirkung auf das Privatrechtsverhältnis zwischen den Parteien ausüben, kann sich ebenfalls immer erst im Urteil zeigen; erst dieses ist geeignet, die private Rechtslage der Parteien zu beeinflussen. Während des Prozeßverhältnisses ist jede Prozeßhandlung privatrechtlich bedeutungslos. Man kann auch nicht sagen, daß sie sich in einem Schwebezustand befindet; wenigstens zivilistisch schwebend wirksam ist eine prozessuale Handlung niemals.[15]) Denn jede Prozeßhandlung wirkt ja nur mittelbar prozessual auf die den Prozeß normalerweise abschließende und letzte richterliche Prozeßhandlung, das Urteil. Man muß daher zu der Folgerung kommen, daß dieses die einzige, die Privatrechtslage beeinflussende Prozeßhandlung ist.

Prozeßhandlungen müssen, wie oben dargelegt ist, um solche zu sein, von der Prozeßordnung anerkannt sein. Schon deshalb ist es sinnwidrig, eine zivilistische Rechtshandlung in den Prozeß hineinzuziehen, sie den für diesen gültigen Normen zu unterwerfen

---

[15]) Wenn Bülow (Geständnisrecht S. 79) und Hellwig (a. a. O. S. 36ff.) von einem Schwebezustande reden, so tun sie dies mit Recht nur im Gedanken an die prozessuale Natur der Prozeßhandlung. Bülow hält jedoch irrtümlich das Urteil für die nächstliegende und einzige Wirkung der Prozeßhandlungen; damit, daß diese Wirkung während des Prozesses objektiv ungewiß ist, hat er recht.

und überhaupt als Prozeßhandlung anzusehen. Die Prozeßgesetze gestatten dies an keiner Stelle. Auch in den wenigen Fällen, in denen das Prozeßrecht zivilistische Ausdrücke kennt und scheinbar materielle Rechtsgeschäfte in sich aufgenommen hat, wie z. B. beim Verzicht, handelt es sich stets um typische prozessuale Rechtsinstitute, die mit denen des Privatrechts nur den Namen gemeinsam haben. Gelegentlich der Erörterung des Verzichts wird dies näher hervortreten.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß prozessuale Parteihandlungen in keiner Weise auf den Privatrechtszustand einwirken können.[16])

Die Tatsache aber, daß manche Handlungen, die während des Prozesses vorgenommen werden, auch das Zivilrecht beeinflussen, hat seine Ursache in der Eigenart dieser Handlungen: Sie haben eine zweifache Natur, eine prozessuale und materiellrechtliche. Sie werden nur gewöhnlich in einem Akte vorgenommen und wirken prozessual und zivilistisch nur dann, wenn sie sowohl den Prozeßgesetzen wie den materiellen Rechtsbestimmungen entsprechen. Am deutlichsten tritt dies beim Verzicht hervor, da die Vorschriften der Zivilprozeßordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuchs hierüber stark voneinander abweichen. Weniger klar ist es z. B. bei der Klageerhebung, an die das Bürgerliche Gesetzbuch auch zivilistische Folgen anknüpft; diese ergeben sich jedoch nicht aus der Prozeßhandlung, sondern aus dem Privatrechtsgeschäft „Klageerhebung“: Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht sich über ein solches allerdings nicht aus, aber indem es auf die Klageerhebung als Prozeßhandlung verweist, erklärt es, daß auf eine Rechtshandlung, durch welche bestimmte zivilrechtliche Folgen hervorgerufen werden sollen, die gleichen Formvorschriften anzuwenden sind, welchen die Klageerhebung als Prozeßhandlung unterliegt. Beide Handlungen werden nur uno actu vorgenommen und müssen es werden, da die gleichen Vorschriften auf sie Anwendung finden. Die Klageerhebung ist m. E., soweit es sich um die zivilistischen Wirkungen handelt, nichts anderes als ein materielles Rechtsgeschäft.

---

[16]) So auch Gaupp-Stein Bd. 1 S. 370; Bülow a. a. O. S. 74ff.; Nußbaum in Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß Bd. 17, 1 S. 72ff.

§ 5.

Prozessuale Willenserklärungen.

Man hat die Prozeßhandlungen nach den verschiedensten Gesichtspunkten eingeteilt.[17] Ein feststehendes, allgemein anerkanntes System hat sich jedoch bisher nicht ausbilden können, da die Einteilungsversuche zum größten Teile erheblich voneinander abweichen.

Aktiv tätig wird eine Partei nur, wenn sie Erklärungen auf irgendeinem Wege abgibt. Sie erklärt nun entweder, daß sie einen Erfolg herbeiwünsche, also etwas wolle, oder daß ein bestimmter Zustand vorhanden sei oder gewesen sei, daß sie also etwas wisse. So kommt man zu der m. E. nächstliegenden Einteilung der Prozeßhandlungen in Willens- und Wissenserklärungen.

Der Rechtsbegriff „Willenserklärung" ist erst in der neueren zivilistischen Literatur eingehender behandelt und in seinem Wesen erkannt worden. Früher indentifizierte man Willenserklärung mit Handlung;[18] man verkannte, daß der Handelnde nicht immer einen Willen äußert, daß die Willenserklärungen also eine Unterart der Handlungen sind. Es ist Kohlers Verdienst, die frühere irrige Auffassung beseitigt zu haben, indem er als erster auf die Unterscheidung des Erklärungs- vom Bewirkungswillen aufmerksam gemacht hat.[19]

Handlungen müssen, um Willenserklärungen zu sein, m. E. folgende Erfordernisse haben: Sie müssen zunächst Erklärungen sein, d. h. der Handelnde muß auf irgendeinem Wege, sei es durch die Sprache, Schrift oder andere zur Mitteilung eines Gedankens geeignete Zeichen, eine Äußerung von sich geben. Daneben ist erforderlich, daß mit seinem Willen die Gedankenäußerung von ihm ausgegangen ist. Diesen Willen bezeichnet man als den Erklärungswillen; er ist nichts anderes als das Wollen des Sprechens, Schreibens usw., als das Wollen einer Körperbewegung, die sich als Erklärung charakterisiert. Der Bewirkungs- oder Erfolgswille

---

[17]) Ich verweise auf Pollak a. a. O. S. 24 ff., wo die wichtigsten Versuche in dieser Hinsicht verzeichnet sind.

[18]) Vor allem Wetzell, System S. 890 ff.

[19]) Näheres vgl. Schulin, KVJSchr. Bd. 18 S. 175 ff. (Hölder); vor allem Bülow a. a. O. S. 113 ff. und Walsmann a. a. O. S. 30 ff.

dagegen bildet den Inhalt der Erklärung; der geäußerte Gedanke muß einen Wunsch enthalten, einen Erfolg herbeisehnen nnd also stets auf etwas Zukünftiges gerichtet sein. Daß diesem erklärten Wunsche ein wirkliches Verlangen des Erklärenden nach dem Erfolg zugrunde liegt, ist nicht nötig, wie der Fall der Mentalreservation beweist. Der Bewirkungswille ist regelmäßig die Ursache für den Erklärungswillen. Beide stehen in einer eigenartigen Beziehung zueinander: Wird beispielsweise eine Willenserklärung im Scherz abgegeben, so ist der Erklärungswillen da, nicht aber der Bewirkungswillen; die Ursache der Erklärung ist in diesem Falle eine andere. Der seltsamen Ansicht Kleins, daß „der Erfolg ein durch freie Tat des Empfängers der Erklärung zu vermittelnder sein müsse", kann ich nicht beistimmen.[20] Der Begriff „Willenserklärung" ist hier zu eng gefaßt. Der Bewirkungswille ist zwar meistens, braucht aber keineswegs immer auf eine Handlung des Empfängers gerichtet zu sein. Klein gelangt zu dieser Auffassung dadurch, daß er die rechtliche Möglichkeit des Erfolgseintritts als ein Erfordernis hinstellt, und meint darauf, daß diese nur dann vorhanden sei, wenn der Erklärungsempfänger gemäß dem Willen des Erklärenden handeln müsse. Er übersieht damit aber, daß bisweilen der Erfolg durch das Tätigwerden eines anderen oder, wie z. B. bei der Annahme einer Offerte, niemandes, sondern lediglich auf Grund des erklärten Willens, eintritt. Überhaupt erscheint mir der Eintritt des Erfolgs oder auch nur seine Möglichkeit für unsere Frage bedeutungslos zu sein, da beides im Augenblick der Erklärung in der Zukunft liegt und bei Beurteilung der Erklärung nicht verwertet werden kann; ob eine Willenserklärung Erfolg hat oder nicht, ist somit für ihren Begriff irrelevant.

Es soll an dieser Stelle auch die Frage berührt werden, wie sich die in dem Erklärungsempfänger infolge der Willenserklärung hervorgerufene Vorstellung von dem erklärten Willen des Erklärenden zu dem wirklichen Willen desselben verhalten muß, damit die Erklärung wirksam sei, und zwar soll dies aus dem

---

[20]) Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 12; dagegen auch Trutter, Über prozessualische Rechtsgeschäfte S. 64 ff.

Grunde geschehen, weil man auf diese Weise zu einem weiteren wichtigen Unterschied zwischen den Prozeßhandlungen, die Willenserklärungen sind, und allen übrigen Willenserklärungen gelangt.

Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung bei Prozeßhandlungen ist noch heute sehr wenig behandelt. Pollak[21]) stellt die Behauptung auf, daß es bei prozessualen Willenserklärungen nur auf den erklärten Willen, nicht auf den wirklichen Willen der Partei ankäme. Eine gesetzliche Handhabe für die Richtigkeit dieses Satzes existiert nicht; nur an ganz vereinzelten Stellen beachtet die Zivilprozeßordnung überhaupt den Parteiwillen, z. B. im § 457 ZPO. Pollak und die ihm gleichgesinnten Juristen[22]) stützen ihre Ansicht auf ein unserem Prozeßrecht zugrunde liegendes Prinzip, das in dem Satze zum Ausdruck gebracht wird: „Im Zivilprozeß stehe jeder bei seinem Wort" (Pollak). Ein jeder achte genau auf das, was er erklärt, denn ein dem erklärten Willen widersprechender Wille wird nicht beachtet; der Erklärende allein hat die ganzen Folgen des tatsächlich Erklärten zu tragen. Man muß dieses Prinzip der „Selbstverantwortlichkeit der Parteien" (Bülow), die sogen. „Prozeßökonomie", anerkennen. Vor allem in der Praxis müßte man zu undurchführbaren Ergebnissen gelangen, wenn man dem erklärten Parteiwillen nicht festen Glauben schenken könnte. Die meisten Prozesse würden durch endlose Verhandlungen in die Länge gezogen werden, würde man nicht diesen im Verfahren unentbehrlichen Grundsatz anerkennen. Daher wird er auch in Theorie und Praxis fast ausnahmslos vertreten. Hängt nun die Wirksamkeit einer prozessualen Willenserklärung nicht von der Kongruenz des erklärten und wirklichen Erfolgswillens ab, und beachtet also die Prozeßordnung nur den ersteren, so braucht auch die in dem Erklärungsempfänger erregte Vorstellung nur dem erklärten Willen adäquat zu sein.

---

[21]) Pollak, Geständnis im Zivilprozeß S. 60, 39, 43, 33 ff.

[22]) So auch Schultze in ZZP. Bd. 19 S. 344; Schmidt, Lehrb. S. 360 ff.; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 363; RG. Bd. 64 S. 71. Dagegen vor allem Kohler, Gesamm. Beitr. S. 256 ff., der in dem von ihm gewählten Beispiele auf das Vorhandensein des wirklichen Erfolgswillens Gewicht legt, aber nicht, wie er selbst irrtümlich meint, nur auf den Erklärungswillen (vgl. S. 257).

Eine eingehendere Erörterung des Willenserklärungsbegriffs ist für unsere Abhandlung nicht erforderlich. Dagegen ist es von maßgebender Bedeutung, daß man sich nunmehr klar macht, welche Prozeßhandlungen Willenserklärungen sind, und ob diese alle von gleicher Art sind, oder ob sie unter größeren Gesichtspunkten sich zusammenfassen oder voneinander scheiden lassen.

§ 6.

Subjektive Prozeßrechte und prozessuale Befugnisse.

Es liegt in der Natur eines jeden Prozeßverhältnisses, daß es während seines Bestehens sich dauernd verändert und seinem normalen Abschluß durch Urteil, in der Regel wenigstens, näher kommt. Der ganze Prozeß wickelt sich in einer Anzahl von Handlungen des Gerichts und der Parteien ab, wodurch die prozessuale Rechtslage mehr oder weniger oft sich ändert.

Man hat zu unterscheiden prozessuale Rechte, die dem Berechtigten die Befugnis gewähren, eine gestaltende Einwirkung auf den Prozeß auszuüben, und solche, kraft deren der Berechtigte ein prozessuales Verlangen geltend machen kann. Bei den letzteren entsteht die entsprechende Verpflichtung erst mit der Geltendmachung. Insofern haben auch diese Rechte den Charakter des Gestaltungsrechts; es liegt bei ihnen wie beim Entstehen des zivilrechtlichen Forderungsrechts im Falle der Geltendmachung eines Rücktrittsrechts. Das Wesentliche ist jedoch bei ihnen der latente Anspruch, der durch die Geltendmachung des Rechts zur Existenz gelangt. Im folgenden nenne ich die Rechte der ersteren Art kurz „prozessuale Befugnisse“, die letzteren demgegenüber „Prozeßrechte“, wobei zu ergänzen ist „im engeren Sinne“. Um prozessuale Rechte handelt es sich in beiden Fällen.

Ein wichtiges Begriffsmerkmal einer jeden Prozeßhandlung ist es, wie schon oben dargelegt ist, daß sie vom Prozeßgesetz sanktioniert ist. Nimmt eine Partei eine Handlung vor, um auf den Prozeß irgendeinen Einfluß auszuüben, so ist es natürlich, daß vor allem zu prüfen ist, ob die Handlung kraft Gesetzes die beabsichtigte Wirkung ausüben kann. Das zu dieser Nachprüfung

geeignete Organ ist das Gericht. Regelmäßig werden die Prozeßhandlungen der Parteien einmal zur Kenntnis des Gerichts gelangen, sei es, daß zu dem Wirksamwerden die gerichtliche Prüfung Voraussetzung ist, sei es, daß die ordnungsmäßig vorgenommene Prozeßhandlung an sich wirksam ist und eine gerichtliche Nachprüfung genügt. Damit ist nicht gesagt, daß die Prozeßhandlungen, insbesondere als Willenserklärungen, stets an das Gericht gerichtet sein müssen; in vielen Fällen müssen sie von der einen Partei an die andere abgegeben werden. Meist aber wird durch eine prozessuale Parteihandlung eine Tätigkeit des Gerichts verursacht; die dadurch herbeigeführte Einwirkung auf den Verfahrensgang ist dann von verschiedener Bedeutung. Hervorzuheben ist, daß auf keinen Fall die Gültigkeit einer Entscheidung abhängig von einer ordnungsmäßigen prozessualen Parteihandlung ist; die Entscheidung wirkt ja nicht deshalb, weil sie der Richtigkeit entspricht, sondern weil sie vom Gericht ausgeht.

Demgegenüber kennt unser Prozeß auch Fälle, in denen das Gericht Entscheidungen ohne Anregung seitens einer Partei erläßt, in denen es also das Verfahren gewissermaßen selbst fortbewegt. Da im deutschen Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime im weitesten Umfang durchgeführt ist, ist die Zahl dieser letzteren Fälle nur beschränkt.

Sucht man nun die Natur der prozessualen Willenserklärungen, mögen sie Parteihandlungen oder gerichtliche Entscheidungen [23]) sein, näher zu ergründen, so muß man m. E. zu einer deutlichen Zweiteilung kommen. Ich will versuchen, dies im folgenden anschaulich zu machen:

Hat A einen Anspruch gegen B und befriedigt ihn dieser nicht, so kann A klagen, und zwar mit dem voraussichtlichen Erfolg, mittels eines Urteils seine Befriedigung zu erlangen. Er ist befugt, Klage zu erheben, eine Befugnis, die schlechthin jedermann zusteht. Vor der Klageerhebung besteht nicht die Möglichkeit, geschweige denn die Verpflichtung des Gerichts, tätig zu werden.

---

[23]) Alle Entscheidungen sind Willenserklärungen; das Gericht erklärt zunächst nur, daß eine bestimmte rechtliche Situation vorliege, knüpft aber daran zugleich die von ihm gewünschten Rechtsfolgen an.

Eine andere Frage ist, ob der Kläger bereits ein Tätigwerden des Gerichts beanspruchen kann, ob ihm also schon ein subjektives Prozeßrecht zusteht. Das führt zum Rechtsschutzanspruch (Wach) oder Klagrecht (Hellwig). Auf diese höchst bestrittene Frage näher einzugehen, bietet das Thema keinen Anlaß.

Weiter hat die Klageerhebung das Entstehen des Prozeßrechtsverhältnisses überhaupt und damit aller der zahlreichen und mannigfachen prozessualen Ansprüche und rechtlichen Befugnisse zur Folge, die die Prozeßordnung den Parteien sowohl wie dem Gericht zuerkennt. Sehen wir zunächst von der Klageerhebung als dem das Prozeßverhältnis erzeugenden Akt ab und versetzen uns in einen schwebenden Prozeß hinein, so entdecken wir, daß das Prozeßrecht die ihm bekannten und demnach allein zulässigen prozessualen Willenserklärungen in zwei Hauptarten zerlegt: In einer Reihe von Fällen spricht das Gesetz davon, daß ein Prozeßbeteiligter das Recht haben soll, durch eine Willenserklärung einem anderen Beteiligten, dem Staate, die Verpflichtung zu einer Tätigkeit aufzuerlegen, in anderen Fällen dagegen soll man berechtigt sein, selbst eine die prozessuale Rechtslage beeinflussende Erklärung abzugeben, die nicht auf ein Handeln eines anderen gerichtet ist. Beide Erklärungsarten haben als Voraussetzung die Existenz eines Rechts im weitesten Sinne. Die Ausübungshandlungen sind naturgemäß inhaltlich verschieden, ihrer Natur nach als Willenserklärungen aber identisch. Bisweilen erzeugen sie eine Verpflichtung des Erklärungsempfängers, in bestimmter Richtung tätig zu werden, und diese Tätigkeit stellt sich dann ihrerseits wiederum als Ausübungshandlung entweder eines subjektiven Prozeßrechts oder einer Befugnis des Empfängers dar, deren Voraussetzung allerdings die erste, eine Pflicht und zugleich ein Recht des Empfängers erzeugende Ausübungshandlung ist. Bisweilen aber verändern die Ausübungshandlungen die prozessuale Rechtslage unmittelbar und zeitigen keine weiteren rechtlichen Folgen; dann wird nur das bestehende Rechtsverhältnis durch ein Entstehen, Umändern oder Aufheben vorhandener Rechte umgestaltet. Beide Handlungsarten stimmen also darin überein, daß sie die Existenz von Rechten im weitesten Sinne, welche die Prozeßordnung den Erklärenden zuspricht und auf Grund deren man entweder etwas ver-

langen oder in die Rechtslage ändernd eingreifen kann, zur Voraussetzung haben; in ihren Wirkungen unterscheiden sie sich dagegen wesentlich. Übt man eine prozessuale Befugnis aus, so wird dadurch ein Rechtsverhältnis begründet, abgeändert oder aufgehoben; durch die Ausübung eines subjektiven Prozeßrechts dagegen tritt eine Änderung der Rechtslage zunächst nicht ein.

Der Klarheit halber soll schon hier kurz darauf aufmerksam gemacht werden, daß alle die Handlungen, durch welche die normale Entwicklung des sich ständig ändernden Prozeßverhältnisses vor sich geht, auf Grund von subjektiven Prozeßrechten vorgenommen werden. Ich nenne diese Handlungen in Übereinstimmung mit Kohler und Trutter[24]) prozessuale Rechtsakte und werde alsbald klarstellen, welche Erklärungen unsere Prozeßordnung darunter zusammenfaßt. Später wird dann dargelegt werden, daß die übrigen prozeßrechtlichen Willenserklärungen entweder allein oder in Verbindung mit anderen rechtsgeschäftlicher Natur sind, also Prozeßrechtsgeschäfte sind. Damit wird die Zweiteilung der prozessualen Willenserklärungen erwiesen sein.

§ 7.

Prozeßrechtsakte.

Prozessuale Rechtsakte können vorgenommen werden von jedem am Prozeßrechtsverhältnis Beteiligten; sie können also ausgehen sowohl vom Gericht wie von den Parteien, und zwar deshalb, weil das Gesetz jedem der drei Beteiligten subjektive Prozeßrechte zuspricht. Die Rechtsakte des Gerichts treten in Form von Urteilen, Beschlüssen oder Verfügungen in Erscheinung. Sie können nur an beide oder an eine der Parteien gerichtet sein. Der wirkungsvollste gerichtliche Prozeßakt ist das Endurteil.

Die Rechtsakte, welche Parteihandlungen sind, sind stets für das Gericht bestimmt. Eine Partei kann durch Ausübung eines subjektiven Prozeßrechts niemals ihren Gegner unmittelbar zum Tätigwerden verpflichten. Es bedarf immer zunächst einer gericht-

[24]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 34; Trutter a. a. O. S. 8; Weismann S. 299; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 360 ff.

lichen Entscheidung; erst diese kann als Rechtsakt dem Gegner eine Pflicht, sich in bestimmter Weise zu verhalten, auferlegen. Die Rechtsakte der Parteien stellen sich dar als Anträge, Gesuche oder Ladungen. Gesuche unterscheiden sich von den Anträgen nur dadurch, daß sie eine Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung herbeizuführen bezwecken. Auch die Ladungen sind, wenn sie von Partei zu Partei zu erfolgen haben, stets zum Zwecke einer Terminsbestimmung, d. h. einer Entscheidung, zunächst an das Gericht zu richten. Fehlt diese und stellt die Partei zu, so liegt eine wirksame Ladung nicht vor. Eine geladene Partei braucht niemals zu erscheinen; sie erscheint aber im Grunde nicht deshalb im Termin, weil der Gegner es wünscht, sondern weil das Gericht voraussichtlich handeln wird und bereits tätig geworden ist infolge eines Rechtsaktes des Gegners, der seinen Wunsch zum Ausdruck gebracht hat. Es gibt kein subjektives Prozeßrecht einer Partei, welches nicht durch gerichtliche Vermittlung auf den Gegner einwirkt. Wohl kommen Aufforderungen der einen Partei an die andere in mannigfachster Form vor; diesen muß der Adressat jedoch nicht Folge leisten, es bleibt vielmehr in sein Belieben gesetzt.

Die Anträge sind das Mittel, durch das die Parteien den Prozeß betreiben; sie führen eine richterliche Tätigkeit herbei und geben zugleich an, wieweit diese zu gehen hat. Für den Gegner sind sie zwar von großer Wichtigkeit, denn die gewünschte gerichtliche Tätigkeit soll ja auf ihn einwirken; trotzdem wird aber ein bestimmtes gegnerisches Verhalten nicht durch den Antrag, sondern einen Rechtsakt des Gerichts herbeigeführt, welcher den dem Prozeßrecht entsprechenden prozessualen Erfolg vermittelt. Jede Partei hat demnach nur eine Willensherrschaft über das Gericht, niemals aber über den Gegner. Das Gericht wird zum Handeln gezwungen durch einen Rechtsakt der einen Partei, die andere Partei durch einen Rechtsakt des Gerichts. Die Anträge beziehen sich nun entweder darauf, in welcher Weise das Gericht den Verfahrensgang leiten soll, und sind dann Prozeßanträge, oder sie betreffen die Streitsache selbst und sind als solche Sachanträge. In beiden Fällen aber ist ihr Inhalt von doppelter Bedeutung: Jeder Antrag enthält einmal den Wunsch einer Partei

das Gericht möge entscheiden, sodann aber auch den Vorschlag des Antragstellers, in welcher Weise das Gericht von dem ihm zustehenden subjektiven Prozeßrecht Gebrauch machen soll, d. h. wie es entscheiden soll.

Nur in den Fällen, in denen das Gericht von Amts wegen tätig wird, besteht ein subjektives Prozeßrecht desselben seit Beginn des Prozeßverhältnisses. Da das Gericht jedoch in der Regel nur auf Antrag zu handeln hat, so gelangt ein Prozeßrecht des Gerichts gewöhnlich erst mit der Antragstellung, also dem Aktuellwerden einer richterlichen Verpflichtung, zur Entstehung. Der gestellte Antrag erzeugt dem Antragsteller gegenüber eine Pflicht, einer oder beiden Parteien gegenüber ein Recht des Gerichts.

Anhang.

Literaturüberblick.

Bevor ich auf die Willenserklärungen eingehe, welchen eine prozeßrechtliche Befugnis zugrunde liegt, möchte ich einen kurzen Überblick über die Literatur geben, die sich mit den eben behandelten Gedanken eingehender befaßt. Die Lehrbücher schweigen sich fast gänzlich aus und enthalten keine oder nur kurze und daher meist unbewiesene Behauptungen über Prozeßhandlungen. Neben namhaften deutschen Gelehrten haben sich auch einige österreichische Juristen eingehender mit diesem schwierigen Kapitel der Rechtswissenschaft befaßt. Auf die ausführlicheren Schriften möchte ich, soweit sie die von mir bisher erörterten Fragen behandeln, kurz eingehen.

Kohler[25]) ist derjenige Schriftsteller, welcher in extremstem Maße jeden Unterschied in der Behandlung von Privat- und Prozeßrechtshandlungen leugnet und bemüht ist, das Zivilrecht auf den Prozeß auszudehnen. Daran liegt es, daß er einmal nach Belieben private Rechtshandlungen in den Prozeß hineinziehen zu können glaubt, was sich schon oben als unmöglich erwiesen hat, und daß er ferner das Wesen der Prozeß-

[25]) Prozeß als Rechtsverhältnis, vor allem S. 34 ff., 46 ff., Gesamm. Beitr. zum Zivilprozeß S. 127 ff, in ZZP. Bd. 29 S. 1 ff.

handlungen und ihren Unterschied von den „Handlungen im Prozeß" überhaupt nicht kennt. Das Vorhandensein von Prozeßrechtsakten,[26]) zu denen er die Prozeßrechtsgeschäfte in Gegensatz setzt, gibt er zu; das charakteristische Merkmal, daß ihnen ein subjektives Prozeßrecht zugrunde liegt, erwähnt er jedoch nicht. Die von Kohler getroffene Unterscheidung wird nun m. E. ganz verwischt durch den von ihm aufgestellten Kreationsbegriff, auf dessen Unhaltbarkeit schon Ehrenzweig hingewiesen hat.[27]) Kohler behauptet, im Prozeß stände dem Vertrag der einseitige Rechtsakt gegenüber, welchen er „Kreation" nennt; der Willensakt einer Person erzeuge hier unmittelbar prozessuale Wirkungen. Man weiß nun gar nicht, ob eine solche Willenserklärung in Ausübung eines subjektiven Prozeßrechts oder einer Befugnis abgegeben wird; mit anderen Worten, Kohler wirft die Prozeßakte, die nur als einseitige Willenserklärungen vorkommen können, und die einseitigen Prozeßrechtsgeschäfte, auf die ich sogleich näher eingehen werde, untereinander. Sein Kreationsbegriff entbehrt eines jeden charakteristischen Merkmals. Nach ihm ist eine Kreation jede einseitige Parteierklärung mit Wirkung auf den Prozeß. Dies besagt äußerst wenig und kann nicht zur Klärung der verschiedenartigen einseitigen Prozeßhandlungen beitragen.[28])

Am eingehendsten hat sich Trutter mit den prozessualen Parteihandlungen befaßt.[29]) Den Unterschied zwischen Prozeßhandlungen und den übrigen Handlungen, durch die sich der Prozeß nicht vollzieht, hat er richtig erkannt. Vor allem aber muß man ihm das Verdienst zusprechen, wohl als erster die verschiedene Natur und Behandlung der Erklärungen, denen ein subjektives Prozeßrecht, und derjenigen, denen eine Rechtsbefugnis zugrunde liegt, exakt durchgeführt zu haben. Nur

---

[26]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 34, 46ff.

[27]) Kohler, Gesamm. Beitr. S. 127 ff.; Ehrenzweig in GrünhutsZ. Bd. 18 S. 228ff.; Pollak a. a. O. S. 67.

[28]) Kohler unterscheidet zwischen Kreationen außerhalb des Prozesses und prozeßrechtlichen Kreationen. Ehrenzweig weist mit Recht darauf hin, daß Kohler ohne die letzteren die Prozeßentwicklung konstruiert hat.

[29]) Trutter, Über prozessualische Rechtsgeschäfte, besonders S. 7ff., 12ff., 50ff., 63ff., 73ff., 144ff.; dazu Klein in GrünhutsZ. Bd. 19 S. 433ff.

ist es nicht ratsam, die ersteren als die rechtsausübenden, die letzteren als die rechtserzeugenden Handlungen zu bezeichnen. Auch wenn man von einer Befugnis Gebrauch macht, übt man ein Recht im weiteren Sinne aus. Den rechtserzeugenden Handlungen werden besser die nichtrechtserzeugenden gegenübergestellt. Ich kann mit Trutter auch darin nicht übereinstimmen, daß man durch Stellen eines Antrags einen Anspruch auf eine Handlung des Gerichts erwirbt (S. 69). Ein Anspruch ist nichts anderes als ein subjektives Recht in seiner Richtung nach außen, in persönlicher Hinsicht; der Anspruch gehört also zum Inhalt des subjektiven Rechts.[30]) Wird ein subjektives Prozeßrecht ausgeübt, so wird ein Anspruch geltend gemacht und eine aktuelle Verpflichtung erzeugt. Mit den Grundgedanken Trutters stimme ich überein; auf Einzelheiten werde ich gelegentlich der Behandlung der Prozeßrechtsgeschäfte noch zurückkommen.

Was Kleins[31]) Auffassung anlangt, so sind vor allem seine Betrachtungen über Prozeßhandlungen und insbesondere über die Anträge (S. 19 ff.) hervorzuheben; seiner eigenartigen Definition des Willenserklärungsbegriffs (S. 10 ff.) ist schon oben Erwähnung getan. Hinsichtlich des Entstehens eines prozessualischen Anspruchs (S. 35) teilt er die soeben dargelegte Auffassung Trutters. Er weicht jedoch von diesem und den übrigen Schriftstellern erheblich ab, indem er die Existenz subjektiver Prozeßrechte vor der Antragsstellung überhaupt leugnet und nur eine Befugnis anerkennt (S. 38). Er begründet seine Ansicht nur damit, daß die Vertreter der Gegenmeinung jede prozeßfähige Person als „Inhaber eines existenten prozessualischen Anspruchs" bezeichnen müßten. Weshalb dies Klein so unmöglich erscheint, vermag ich nicht einzusehen.

Erwähnenswert ist auch Pollaks Abhandlung,[32]) in der ebenfalls zwischen Willens- und Wissenserklärungen und, was die ersteren anlangt, zwischen subjektiven Prozeßrechten und Prozeßbefugnissen unterschieden wird (S. 26). Mit seiner wiederholten

---

[30]) So Langheineken, Urteilsanspruch S. 122.

[31]) Klein, Schuldhafte Parteihandlung, besonders S. 10 ff., 25 ff., 35 ff.

[32]) Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß, besonders S. 26 ff., 60 ff.; dazu Schultze in ZZP. Bd. 19 S. 341 ff.

Betonung, daß es im Prozeß nur auf den erklärten Parteiwillen ankäme, hat er, wie wir oben gesehen haben, zweifellos recht. Ich komme auf Pollaks Meinung unten zurück, insbesondere bei Erörterung der Wissenserklärungen, die Pollak als „prozessuale Notwendigkeiten“ bezeichnet.

In der neueren Zeit ist Hellwig der einzige, der sich eingehender mit den vorliegenden Rechtsfragen befaßt hat.[33]) In kurzen und klaren Worten hat er in grundsätzlichem Gegensatz zu Kohler die Prozeßhandlungen erörtert. Er faßt diesen Begriff jedoch weiter, als hier geschehen ist, und bezeichnet die Handlungen, durch die der Prozeß sich vollzieht, als Prozeßführungshandlungen (S. 8). Es ist dies lediglich eine Bezeichnung desselben Gegenstandes mit anderem Namen und daher nur als Äußerlichkeit anzusehen. Auch Hellwig unterscheidet zwischen Willens- und Wissenserklärungen und rechnet zu den ersteren Anträge und prozessuale Rechtsgeschäfte.

§ 8.

Begriff der Prozeßrechtsgeschäfte.

Nachdem ich dargetan habe, daß die Prozeßrechtsakte als Anträge, Gesuche oder Ladungen in Erscheinung treten, werde ich nunmehr die Handlungen, denen eine prozeßrechtliche Befugnis zugrunde liegt, näher betrachten und nachzuweisen suchen, daß diese rechtsgeschäftlicher Natur sind.

Ich gehe von der in der Literatur vertretenen Meinung aus, welche den Begriff „Prozeßrechtsgeschäft“ leugnet. Hier ist zunächst Pollak zu erwähnen,[34]) der zwei Gründe „gegen die Herübernahme des Rechtsgeschäfts in den Zivilprozeß“ anführt: einmal sei eine Prozeßhandlung niemals nach zivilrechtlichen Normen zu beurteilen, und sodann käme es im Prozeß zum Unterschied vom

---

[33]) Hellwig, Prozeßhandlungen u. Rechtsgeschäft; über den Begriff „Prozeßhandlung“ vgl. die zutreffenden Erörterungen von Walsmann im ArchZivPrax. Bd. 102 S. 16ff.

[34]) Pollak S. 66ff., 41ff.; er nennt die Ausübungshandlungen prozessualer Befugnisse „Dispositiverklärungen“. Ähnlich Nußbaum a. a. O. S. 67.

Zivilrecht nur auf die Erklärung, nicht auf den wirklichen Willen an. Die Richtigkeit der ersten Behauptung wird unten nachgewiesen werden, daß auch die zweite stimmt, ist bereits dargetan. Beide sind jedoch m. E. keine durchschlagenden Argumente. Es wird ja nicht „Ungleichartiges im Inhalt und in der Wirkung mit gleichem Namen bezeichnet". Die von Pollak angeführten Gründe zeigen nur, daß unter der Voraussetzung, daß prozessualische Rechtsgeschäfte wirklich existieren, ihre Beurteilung, d. h. ihre rechtliche Behandlung, auf jeden Fall in den angeführten Punkten von der Behandlung der zivilistischen Rechtsgeschäfte abweicht. Das hat aber wohl nichts mit „Inhalt und Wirkung" zu tun; was man darunter zu verstehen hat, werden wir sogleich sehen.

Mit wenigen Worten möchte ich an dieser Stelle noch auf Bülows eigenartige Ansicht eingehen.[35] Bülow hält Rechtsgeschäfte nicht für Willenserklärungen, sondern für „gewollte Sollenserklärungen"; er versucht, den rechtsgeschäftlichen Wirkungswillen überhaupt auszuschließen, und erklärt ihn nicht für einen Bestandteil, sondern nur für eine Ursache des Rechtsgeschäfts (S. 115). Von diesem Gedanken ausgehend gelangt er zu dem Ergebnis, daß das Vorhandensein von Rechtsgeschäften im Prozeß zu verneinen sei. Im übrigen sei die Frage nicht von rechtserheblicher Bedeutung, der Begriff „prozessuales Rechtsgeschäft" sei nur um seiner selbst willen aufgestellt. Es erübrigt sich, Bülows Ausführungen im einzelnen zu behandeln; denn schon der Grundgedanke ist zweifellos irrig und auch in der Literatur zur Genüge widerlegt worden[36]: Eine Erklärung, daß ein Erfolg eintreten soll, ist gleichbedeutend mit einer Aussage, man wolle, daß etwas Bestimmtes geschehen solle. In jedem „Du sollst" liegt stets ein „Ich will"; allerdings tritt, wie Thon (S. 370) gut erläutert hat, dieser Wille bald mehr, bald weniger hervor. Alles, was Bülow gegen das Prozeßrechtsgeschäft einzuwenden hat, fällt wohl damit in sich zusammen.

---

[35] Bülow, Geständnisrecht S. 107 ff., 115 ff., 156 ff., besonders Anm. 2.

[36] Thon in ZZP. Bd. 27 S. 370 ff.; Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 23 Anm. 1, besonders auch S. 37 Anm. 13, gegen Bülows Behauptung von der Unselbständigkeit gewisser Parteihandlungen, Lehrb. 2 S. 144 Anm. 10).

Wenn wir nunmehr die Frage zu lösen versuchen, ob das Prozeßrecht Handlungen rechtsgeschäftlicher Natur kennt, so müssen wir uns zunächst darüber klar sein, daß „Rechtsgeschäfte" nicht eine dem Gebiete des Zivilrechts eigentümliche Erscheinung sind, sondern daß dieser Begriff dem gesamten Rechtsgebiet angehört. Im Privatrecht spielt er zwar die größte Rolle, aber auch im öffentlichen Recht und somit auch im Prozeßrecht sind Rechtsgeschäfte denkbar.[37]) Denn als Rechtsgeschäft muß man jede Rechtshandlung in weitestem Sinne ansehen, welche Willenserklärung oder eine Mehrheit von Willenserklärungen ist, und deren die Rechtslage ändernder Erfolg auf Grund des Willens des Handelnden sich einstellen soll, sofern der erklärte Wille als Grund für den Erfolgseintritt von der Rechtsordnung anerkannt ist. Dies sind die als notwendig allgemein anerkannten Begriffsmerkmale. Eine Prozeßhandlung muß demnach, um als Prozeßrechtsgeschäft angesehen zu werden, eine Willenserklärung enthalten, welche auf Herbeiführung einer prozessualen Wirkung gerichtet ist und kraft einer Prozeßrechtsnorm eine solche haben kann. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Ausübungshandlung eines existenten subjektiven Prozeßrechts niemals rechtsgeschäftlichen Charakter haben kann. Auch diese Handlungen sind zwar Willenserklärungen, aber die übrigen Merkmale der Rechtsgeschäfte vermißt man an ihnen: Die Anträge als die bedeutsamsten Prozeßrechtsakte setzen sich aus zwei Hauptbestandteilen zusammen, nämlich dem bloßen Beantragen, d. h. dem Verlangen nach dem Tätigwerden des Gerichts, und dem Wunsch, in welcher Richtung das Gericht handeln soll, also der eigentlichen ersehnten prozessualen Wirkung. Diese Wirkung tritt nun bei den Prozeßrechtsgeschäften unmittelbar bei ihrer Vornahme und auf Grund des erklärten Parteiwillens begriffsnotwendig ein. Sie ist zugleich

---

[37]) So wohl auch Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 33, der die prozessualen Rechtsgeschäfte für „Seitenstücke" zu den zivilen, also nicht für Unterarten derselben erklärt; ferner Sintenis in ZZP. Bd. 30 S. 384; Kohler, Gesamm. Beitr. S. 127; eingehendere Erörterung der Prozeßrechtsgeschäfte bei Trutter S. 100 ff., 122 ff.; Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 33 ff.; Pollak S. 41 ff.; Schmidt S. 358 ff.; Kohler, Prozeß als Rechtsgeschäft S. 34 ff.

der unmittelbare Zweck, den die Partei verfolgt hat. Durch Antragstellen will man zwar eine gerichtliche Tätigkeit herbeiführen, man bezweckt diese aber nicht, sie ist nur das Mittel zum Zweck. Der Zweck eines Antrags ist in der in ihm steckenden Angabe, wie zu entscheiden ist, enthalten. Ob diese bezweckte prozessuale Wirkung eintritt, hängt vom Gericht ab; bei den Parteirechtsakten tritt das Gericht als das vermittelnde Glied auf. Prozeßrechtsgeschäfte müssen dagegen unmittelbar wirken. Hellwig[38]) spinnt diesen Gedanken noch weiter fort und kommt zu dem berechtigten Schluß, daß zum Unterschied von den Prozeßrechtsgeschäften bei den prozessualen Parteiakten der durch das Gericht vermittelte Erfolg sich nicht notwendig mit dem Inhalt der Parteierklärung zu decken braucht. Denn hier tritt die von der Partei bezweckte Wirkung nur möglicherweise ein, und wenn sie eintritt, so geschieht dies deshalb, weil das Gericht es will. Die Prozeßrechtsgeschäfte wirken dagegen so, wie die Partei es wünscht, und deshalb, weil sie es wünscht. Ihr Erfolg muß sich notwendig mit dem Inhalt der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung decken.

Wird nun eine Befugnis im Prozeß ausgeübt, so wird das Prozeßverhältnis in irgendeiner Weise umgestaltet, indem prozessuale Rechte geschaffen, abgeändert oder aufgehoben werden, und zwar geschieht dies allein auf Grund des erklärten Parteiwillens. Es erscheint mir zur Genüge evident zu sein, daß diesen Parteihandlungen, und zwar ihnen allein im Gegensatz zu den Rechtsakten und den Handlungen, welche nur Wissenserklärungen sind, die Natur prozessualer Rechtsgeschäfte zuerkannt werden muß. Nur wenn man auf diese Weise den Begriff fest umgrenzt, ist er von Wert für die Rechtswissenschaft, und die Bezeichnung „Prozeßrechtsgeschäft“ ist dann kein „harmloses Vergnügen“, wie Pollak meint, oder gar nach Bülow „ein nur um seiner selbst willen aufgestellter Begriff“. Es scheint mir nunmehr auch hinreichend klar zu sein, daß die oben erwähnten Einwendungen Pollaks gegen die Rechtsgeschäftsnatur einiger Parteihandlungen, diese seien nämlich nach anderen Vorschriften zu beurteilen, als

---

[38]) Hellwig, System S. 428, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 17; Trutter S. 16.

die zivilen Rechtsgeschäfte, und es käme bei ihnen lediglich auf den erklärten Erfolgswillen an, nichts mit Inhalt und Wirkung der Rechtsgeschäfte zu tun haben, sondern sich nur auf die äußere Behandlung beziehen.

Auf einige weitere Unterschiede zwischen den prozessualen Rechtsakten und Rechtsgeschäften will ich hier noch eingehen: Fehlt einer Parteihandlung, welche ein Rechtsgeschäft sein soll, ein Begriffsmerkmal, so ist sie kein Prozeßrechtsgeschäft und zeitigt dann also keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen auf den Verfahrensgang. Ein Parteiantrag hat niemals irgendeinen unmittelbaren Einfluß auf den Prozeß, in jedem Fall aber hat er zur Folge, daß das Gericht über ihn entscheidet. Die Prozeßrechtsakte können ferner regelmäßig jederzeit bis zu der ihnen folgenden Gerichtsentscheidung zurückgenommen werden; von dieser Regel existieren nur wenige Ausnahmen. Die Prozeßrechtsgeschäfte dagegen sind von ihrer Vornahme an bindend; Ausübungshandlungen prozessualer Befugnisse können nicht zurückgenommen werden.[39]) Dies liegt in der Natur eines jeden Rechtsgeschäfts. Irrtümer und Prozeßverschleppungen wären sonst die unausbleiblichen Folgen zahlreicher Prozeßrechtsgeschäfte.

Es gibt subjektive Prozeßrechte des Gerichts und der Parteien, welche erst während des Prozesses zur Entstehung kommen. Es werden dadurch neue prozessuale Rechtsverhältnisse begründet, und zwar geschieht dies stets nur durch Parteihandlungen. Die Ausübungshandlungen prozessualer Befugnisse sind immer rechtsgeschäftlicher Natur und haben meistens die Wirkung, daß sie subjektive Prozeßrechte produzieren; nur bisweilen verändern oder beseitigen sie diese auch. Diejenigen Handlungen, durch welche neue Prozeßrechtsverhältnisse entstehen, können niemals Rechtsakte, sondern müssen stets Rechtsgeschäfte sein, da bei den ersteren subjektive Rechte bereits vor der Handlung vorhanden sind und durch diese weder beseitigt noch irgendwie umgestaltet werden; denn das bloße Aktuellwerden einer Schuldnerverpflichtung vermag an der Fortexistenz eines Prozeßrechts in seiner bisherigen Gestalt auch nichts zu ändern.

---

[39]) Näheres bei Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 35 ff., beachtenswert sind die Beispiele S. 35 Anm. 5a; Pollak S. 43.

Prozeßrechte der Parteien oder des Gerichts können nun niemals durch Handlungen des letzteren erzeugt werden, d. h. Prozeßrechtsgeschäfte des Gerichts gibt es nicht.[40]) Das Gericht ist zwar am Prozeßrechtsverhältnis unmittelbar beteiligt, aber es ist nicht imstande, die zwischen ihm und den Parteien oder zwischen diesen untereinander bestehende Rechtslage nach Willkür zu ändern. Die Parteien allein können die prozessuale Situation bestimmen. Der Prozeß als Parteienkampf vor dem Richter tritt hier deutlich zutage. Das Gericht kann weder Rechtsgeschäfte vornehmen noch kann es irgenwie an dem Zustandekommen der Parteirechtsgeschäfte mitwirken, da diese unmittelbar und ohne seine Hilfe nur von den Parteien hergestellt werden. Sein Handeln ist vom Gesetz fest umgrenzt und pflichtgemäß, während dem prozessual erheblichen Verhalten der Parteien ein weiter Spielraum gelassen ist. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob das vollendete Prozeßrechtsgeschäft allen Anforderungen genügt hat, und zu erklären, ob es wirkungsvoll gewesen ist oder nicht. Prozeßrechtsgeschäfte werden niemals von einer Partei an das Gericht als den Erklärungsempfänger gerichtet. Das schließt jedoch nicht aus, daß manche Rechtsgeschäfte vor dem Gericht vorgenommen werden müssen. Es ist dies eine bloße Formvorschrift, d. h. eins von den Gültigkeitserfordernissen, ohne welches das Rechtsgeschäft unwirksam ist. Handelt aber das Gericht, so geschieht dies nur auf Grund eines bestehenden und entweder durch Klageerhebung oder eine Parteihandlung im Prozeß entstandenen subjektiven Rechts. Das Gericht entscheidet, d. h. es wird tätig, gewöhnlich nur auf Antrag. Mit diesem entsteht die richterliche Pflicht zu entscheiden dem Antragsteller gegenüber, und zugleich ein Prozeßrecht des Gerichts zu entscheiden beiden Parteien gegenüber. Auch wenn das Gericht von Amts wegen tätig wird, existiert ein solches Recht. Es ergibt sich hieraus, daß durch die richterlichen Handlungen, die sämtlich, wie oben dargelegt ist, Entscheidungen sind, nur bestehende prozessuale Befugnisse ausgeübt werden, welche auf seiten einer Partei oder auch beider Parteien Verpflichtungen erzeugen.

---

[40]) So Trutter S. 130ff., allerdings mit schwacher Begründung.

Man darf sich nun dadurch, daß „durch" Anträge Rechte des Gerichts entstehen, nicht irremachen lassen und etwa auch die Anträge für rechtsproduktive Parteihandlungen halten: Der aktuell gewordenen richterlichen Entscheidungspflicht entspricht das bereits vorhandene prozessuale Parteirecht, nicht aber das richterliche Entscheidungsrecht. Dieses ist nicht unmittelbar zurückzuführen auf den Parteirechtsakt, sondern auf die durch diesen entstandene Richterpflicht. Anders ist es bei den Parteirechtsgeschäften: Stets wird durch sie die Rechtslage geändert, und zwar meistens, indem neue subjektive Prozeßrechte geschaffen werden. Diesen entstehenden Rechten auf der einen Seite stehen Pflichten des Gegners gegenüber, welche ihrerseits wiederum Rechte desselben Gegners, die gerichtet sind gegen die Partei, welche das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, oder gegen das Gericht, hervorbringen können. Bei den Prozeßrechtsgeschäften gelangen also, falls sie zur Begründung neuer subjektiver Rechte dienen, die den entstehenden Pflichten des Gegners korrespondierenden Rechte zum Unterschied von den Rechtsakten erst zur Entstehung und sind nicht zu verwechseln mit den weiteren Rechten, die dem Verpflichteten bei den Rechtsakten, d. h. dem Gericht, immer und bei den Rechtsgeschäften, d. h. dem Gegner, bisweilen zufallen. Diese letzteren Rechte stehen ja stets dem Verpflichteten zu, während die sich entsprechenden Rechte und Pflichten nur auf verschiedenen Seiten existieren können.

§ 9.

Arten und Form der Prozeßrechtsgeschäfte.

Wie das Privatrecht, so kennt auch das Prozeßrecht zweiseitige und einseitige Rechtsgeschäfte.[41]) Eine eigenartige Stellung zwischen beiden nehmen diejenigen Rechtsgeschäfte ein, welche auf Grund einer Willenserklärung einer Partei zur Entstehung gelangen, deren Wirkung auf den Prozeßgang aber von einer Zustimmung der anderen Partei abhängt. Sie sind keine prozessualen

[41]) vgl. dazu Hellwig, System Bd. 1 S. 448 ff., Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 37 ff.; Trutter S. 147 ff.; Pollak S. 46.

Vereinbarungen, da die rechtsgeschäftliche Parteierklärung nicht mit der Zustimmungserklärung des Gegners ein einheitliches Rechtsgeschäft bildet. Man kann sie nur als Abart der einseitigen Prozeßrechtsgeschäfte bezeichnen: Sie unterscheiden sich von diesen nur dadurch, daß ihre Wirkung hinausgeschoben und abhängig von einer gegnerischen Erklärung ist.[42])

Die zweiseitigen prozessualen Rechtsgeschäfte, also die Prozeßverträge, sind von der Prozeßordnung nur in beschränkter Zahl zugelassen.[43]) Während im Privatrecht die meisten Rechtsgeschäfte Verträge sind, kennt der Prozeß in der Mehrzahl einseitige Rechtsgeschäfte. Andere als die im Gesetz aufgezählten Fälle von Verträgen gibt es nicht, und es ist zweifellos unrichtig, den Grundsatz der Vertragsfreiheit auf den Prozeß auszudehnen. In diesen Irrtum verfallen jedoch Kohler und im Anschluß an ihn auch Pollak und Ehrenzweig. Sie beachten nicht, daß Prozeßhandlungen und somit auch Prozeßrechtsgeschäfte nur solche Handlungen sein können, welche auf das Verfahren unmittelbar, also nicht erst durch hervorgerufene materiellrechtliche Ereignisse, einwirken und, um diese Fähigkeit zu haben, von der Prozeßordnung sanktioniert sein müssen. Kohler[44]) unterscheidet zwischen direkt und indirekt wirksamen prozeßrechtlichen Verträgen, indem er behauptet, die ersteren übten einen unmittelbaren Einfluß auf den Prozeß aus, während die letzteren nur Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten erzeugten, welches seinerseits erst prozeßrechtliche Wirkungen nach sich zöge. Als Beispiele für diese beiden Fälle werden der Prorogations- und der Kontumatialvertrag angeführt. Diese letztere Art von Verträgen ist nun m. E. auf keinen Fall prozessualer Natur, da sie der Prozeßordnung unbekannt ist.[45]) Kohler verkennt dies infolge seiner eigenartigen Auffassung, die den Unterschied zwischen

---

[42]) Pollak S. 46 bezeichnet sie als „ungleich zweiseitige Dispositiverklärung", Trutter S. 156 als „zusammengesetzte einseitige Rechtsgeschäfte".

[43]) vgl. die vollständige Aufzählung bei Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 37 u. 38; Trutter S. 156.

[44]) Gesamm. Beitr. zum Zivilprozeß S. 127 ff.

[45]) vgl. hierzu die guten Ausführungen von Bülow im ArchZivPrax Bd. 64 S. 62 ff.

Zivil- und Prozeßrecht fast gänzlich verwischt. In der richtigen Erkenntnis dieser irrigen Meinung Kohlers erklären Pollak und Ehrenzweig[46]) diese Verträge für „privatrechtliche Verträge mit prozessualer Wirkung“. Aber auch diese Ansicht trifft nicht das Rechte; „privatrechtliche Verträge über prozessuale Befugnisse sind ein widersinniger Begriff“, wie Hellwig[47]) sehr richtig sagt. Solche Verträge gehören nicht dem Prozeßrecht an, sie können höchstens privatrechtlicher Natur sein. Sind sie dies aber — worauf hier nicht weiter einzugehen ist —, so sind sie m. E. nur im Privatrecht beachtenswert, im Prozeß aber gänzlich ohne Einfluß. Erscheint also z. B. trotz eines Kontumatialvertrags der Verpflichtete in der mündlichen Verhandlung, so ist dieser Privatvertrag ohne prozessuale Wirkungen, d. h. das Gericht hat auch bei Kenntnis des Vertrages so zu verfahren, als wäre er nicht geschlossen.[48])

Die einseitigen Prozeßrechtsgeschäfte[49]) muß man mit besonderer Vorsicht betrachten, da sie naturgemäß mit den Rechtsakten eine größere Ähnlichkeit haben als die Prozeßverträge. Sie zeigen jedoch alle typischen Rechtsgeschäftseigenschaften, und ihre Wirkung insbesondere ist keine aktuell gewordene Richterpflicht, sondern, in der Regel wenigstens, ein neu entstandenes Recht, mit dem eine Pflicht des Gegners im Zusammenhange steht. Auf die viel umstrittene Frage, ob die Klageerhebung als Prozeßrechtsgeschäft anzusehen ist oder nicht, möchte ich nicht näher eingehen, da dies zu weit führen würde.[50]) Es kann auch um so eher darauf verzichtet werden, als die Entscheidung der Frage für diese Abhandlung wenig von Bedeutung ist.

---

[46]) Pollak in GrünhutZ. Bd. 18 S. 72ff.; Ehrenzweig ebenda S. 228ff., bes. S. 243.

[47]) Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 47.

[48]) vgl. Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 3; Kohler, Gesamm. Beitr. S. 255.

[49]) vgl. die Aufzählung bei Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 49ff.; Trutter S. 157.

[50]) Ich verweise auf Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 18ff.; Schmidt, Lehrb. S. 361; Weismann Bd. 1 S. 298, welche die rechtsgeschäftliche Natur der Klage verneinen; and. A. Sintenis in ZZP. Bd. 30 S. 384ff.; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 35 Satz 2; Trutter S. 105ff.

Aus dem Grundsatz, daß nur die Handlungen Prozeßrechtsgeschäfte sind, die von der Prozeßordnung anerkannt sind, ergibt sich die Folgerung, daß die Rechtsgeschäfte auch nur so gültig sind, wie sie sanktioniert sind, daß sie also in der vorgeschriebenen Form vorgenommen werden müssen. Diese Form ist keine einheitliche; bald ist mündliche Erklärung vor Gericht, bald Einreichung einer schriftlichen Mitteilung vorgeschrieben, bisweilen existiert keine Formvorschrift. Stets aber erhält das Gericht nicht deshalb Kenntnis von der Vornahme eines Rechtsgeschäfts, weil es der Destinatär ist, sondern weil es das Organ ist, welches den im vorhandenen Rechtsgeschäft verkörperten Parteiwillen prüfen und seinen tatsächlichen Einfluß auf die Prozeßrechtslage konstatieren soll. Diese gerichtliche Tätigkeit ist nun nicht etwa zurückführbar auf einen im Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen, der auf ein Handeln des Gerichts gerichtet ist, wie bei den Anträgen; mir scheint das Gericht offenbar aus sich heraus zu handeln, sobald es von einem vorgenommenen Rechtsgeschäft erfährt. Das einseitige Rechtsgeschäft ist allein an den Gegner gerichtet; dieser muß entweder in der mündlichen Verhandlung oder schriftlich Kenntnis davon erhalten. An dem Zustandekommen prozessualer Verträge wirkt er selbst unmittelbar mit.

§ 10.

Behandlung der prozessualen Willenserklärungen.

Mit wenigen Worten möchte ich noch auf die Frage eingehen, nach welchen Rechtsnormen die prozessualen Willenserklärungen zu beurteilen sind. Die Zivilprozeßordnung enthält nur wenige Bestimmungen hierüber. Wenn nun auch heute noch in der Praxis gewöhnlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs herangezogen werden, so ist man sich doch in der juristischen Literatur wohl allgemein einig, daß dies in der Tat undurchführbar und dem Willen des Gesetzes direkt zuwider ist.[51]) Das

[51]) So Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 59ff., Lehrb. Bd. 1 S. 168, System Bd. 1 S. 427; Walsmann a. a. O. S. 1ff., 210ff.; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 298; Schmidt, Lehrb. S. 361; Gaupp-Stein vor § 128 V, 1; Pollak S. 47ff.; Klein S. 27ff.; Ehrenzweig a. a. O. S. 229ff.

Bürgerliche Gesetzbuch enthält, abgesehen von ganz wenigen Bestimmungen prozessualen Inhalts, welche aber unmöglich für diese Frage von ausschlaggebender Bedeutung sein können, nur Privatrechtssätze. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung tragen dagegen öffentlichrechtlichen Charakter. Man kann nun unmöglich einen Satz des Privatrechts in das öffentliche Recht hineinziehen und ihn zu einem prozessualen stempeln. Im übrigen weichen ja, wie wir oben gesehen haben, die Willenserklärungen im Privat- und Prozeßrecht in ihrer Behandlung stark voneinander ab: Dort ist der Wille, hier die Erklärung maßgebend. Insbesondere dürfte also die Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen über Irrtum, Zwang und Betrug im Prozeß ausgeschlossen sein.[52]) Ebensowenig wie man die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs direkt und ausnahmslos auf den Prozeß anwenden kann, liegt eine Berechtigung vor, sie etwa ergänzend heranzuziehen.

Auf einem eigenartigen Standpunkt steht Kohler.[53]) In Ermanglung einschlägiger Bestimmungen „müßte entschieden werden nach den Prinzipien, welche in unserer heutigen Kulturwelt eine überwiegende Geltung erlangt haben“. Im einzelnen Falle zu sagen, welches der Inhalt dieses Kulturrechts ist, mag wohl auch Kohler unmöglich sein, und schon Pollak und Ehrenzweig haben darauf hingewiesen,[54]) daß dieser Gedanke in der Praxis undurchführbar ist. Kohler hat diesen Satz aufgestellt, bevor das Bürgerliche Gesetzbuch in Geltung war, und wenn ich ihn recht verstehe, ist er nur aus dem Grunde hierzu gekommen, weil er sich sagte, auf das reichsrechtlich geregelte Prozeßrecht könnten die voneinander abweichenden privatrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze nur deshalb nicht angewandt werden, weil dies zu einer erneuten Zersplitterung des Prozeßrechts führen würde. Konsequenterweise muß Kohler heute die

---

[52]) Erwähnenswert Walsmann a. a. O. S. 90ff., welcher den § 119 BGB. auf die ZPO. anwendet, da die Ergebnisse der Entwickelung einer Irrtumslehre im Prozeßrecht die gleichen wie im Zivilrecht seien; dagegen Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 61 Anm. 5.

[53]) Kohler, Gesamm. Beitr. S. 204ff., 253ff.; dazu Nußbaum a. a. O. S. 72, 73 Anm. 17.

[54]) Pollak S. 47ff.; Ehrenzweig S. 242.

Ansicht vertreten, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzend auf den Prozeß anzuwenden sind.

Man muß wohl annehmen, daß die Zivilprozeßordnung die Frage nach der Behandlung der prozessualen Willenserklärungen selbst geregelt hat, und zwar entweder ausdrücklich[55]) oder stillschweigend. Durch das Schweigen soll aber dargetan werden, daß die fehlenden Bestimmungen aus dem Geiste der Prozeßgesetze zu entnehmen sind. In welcher Weise dies geschieht, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen; nur darf er sich nicht durch privatrechtliche Bestimmungen gebunden fühlen. Dabei ist es naturgemäß möglich und nicht selten, daß mit einer prozessualen Willenserklärung eine Willenserklärung verbunden oder in ihr enthalten ist, welche auf das Zustandekommen eines Privatrechtsgeschäftes gerichtet ist und daher nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu beurteilen ist.

§ 11.

Prozessuale Wissenserklärungen.

Alle Prozeßhandlungen, welche nicht Willenserklärungen sind, sind Wissenserklärungen, d. h. Erklärungen darüber, daß eine Tatsache oder ein Zustand vorhanden sei oder vorhanden gewesen sei. Sie sind ohne weiteres daran zu erkennen, daß sie zwar gewöhnlich einen bestimmten Erfolg herbeizuführen bezwecken, diesen jedoch niemals als einen gewollten ausdrücken. Wie wir gesehen haben, bedeutet „beantragen" eine gerichtliche Entscheidung wollen. Der Antragsteller wünscht eine Entscheidung bestimmten Inhalts. Um dies zu erreichen, muß er Gründe für seinen Antrag anführen, und das geschieht dadurch, daß er Erklärungen über etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes abgibt. Anträge und Wissenserklärungen gehören eng zusammen: Behauptungen ohne Antrag müssen einflußlos auf das Verfahren sein, andererseits werden Anträge, deren Begründung nicht versucht ist, meist nicht die gewünschte Entscheidung herbeiführen, es sei denn, daß

---

[55]) Dies allerdings nur in beschränktem Maße, z. B. in den §§ 290 und 457 ZPO.

die begründenden Tatsachen sämtlich gerichtsnotorisch sind.[56]) Die Anführung von Behauptungen bezweckt also, den Antrag zu begründen; dieser Zweck kommt jedoch in dem Inhalt der Erklärungen nicht zum Ausdruck, d. h. der gewollte Erfolg wird nicht in ihnen ausgesprochen.

Die Anträge können also nur dann die gewünschten Entscheidungen herbeiführen, wenn sie begründet sind, und das sind sie nur dann, wenn die als Gründe angeführten Behauptungen wahr sind. Sind sie aber wahr, so hat das Gericht die behaupteten Tatsachen als feststehend zu erachten, und sind die Anträge infolgedessen begründet, so muß ihnen stattgegeben werden. Um nun das Gericht von der Wahrheit ihrer Behauptungen zu überzeugen, müssen die Parteien diese beweisen. Im Prozeß bedürfen also die Willenserklärungen regelmäßig zum Unterschied von den Wissenserklärungen eines Beweises. Unwahre Behauptungen sind stets bedeutungslos; unwahre Anträge müssen dagegen immer beachtet werden, einem Klageantrag z. B. folgt auch dann ein Urteil, wenn bei allen am Prozeßverhältnis Beteiligten von vornherein feststeht, daß der eingeklagte Anspruch nicht besteht.[57])

Der direkte Erfolg, welcher durch jede Parteibehauptung herbeigeführt wird, ist der, daß das Gericht in Kenntnis gesetzt wird. Ist die Erklärung dem Gericht bekannt, so hat es diese stets zu beachten und zu prüfen, ob sie als Begründung des gestellten Antrags angesehen werden und somit als ein Teil der Urteilsgrundlage gelten kann. Hierzu ist das Gericht unbedingt verpflichtet, und man muß es als einen Grundsatz unserer Prozeßordnung ansehen, daß durch Anführung einer Parteibehauptung

---

[56]) Man kann die Wissenserklärungen nicht wie Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 299 als Anträge auf Beweisaufnahme bezeichnen. Wer beantragt, erklärt, daß er etwas wolle. Der Parteiwille, daß Beweis durch Behauptungen erbracht werde, ist schon im Antrag selbst, nämlich in dem „Wie" der Entscheidung, ausgedrückt. Wie Weismann auch Schultze in ZZP. Bd. 19 S. 343. Insofern hat dieser aber recht, als man nicht mit Pollak S. 26, 53 ff. von „prozessualen Notwendigkeiten" und „einer Behauptungslast", sondern nur von einem Behauptungsrecht reden kann.

[57]) Näheres über die Wissenserklärungen bei Klein S. 20 ff.; Pollak S. 53 ff.; Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 23 ff.; Trutter S. 54 ff.

stets die Verpflichtung des Gerichts zur Nachprüfung erzeugt wird. Auch schon das bloße Beachten und Überdenken einer Wissenserklärung seitens des Gerichts muß man als eine Tätigkeit ansehen und die bestehende Verpflichtung hierzu als eine Pflicht zum Handeln. Allerdings tritt dieser Tätigkeitsakt des Gerichts nicht in dem Maße hervor wie die den Anträgen nachfolgenden Entscheidungen, aber dies liegt wohl nur daran, daß die durch Wissenserklärungen hervorgerufene Gerichtstätigkeit eine von vornherein bestimmte ist, während der Inhalt einer auf einen Antrag hin ergehenden Entscheidung nicht feststeht, und die diese Tätigkeit des Richters hervorrufende Partei naturgemäß ihr ganzes Augenmerk auf deren Ausfall richtet. Ich setze mich hier in Widerspruch mit der anscheinend herrschenden Lehre, welche erklärt, daß bloße Behauptungen niemals ein richterliches Handeln zur Folge hätten.[58]) Trutter sagt, das Gericht habe „die Pflicht, die Behauptungen und Erklärungen zu beachten und als Urteilsgrundlage zu verwerten", nachdem er kurz zuvor erklärt hat, sie „könnten nie eine richterliche Aktion hervorrufen". M. E. wird das Gericht durch die Wissenserklärungen zu einem bloßen Beachten und Prüfen ihrer Bedeutung gezwungen, durch die Anträge aber verpflichtet, einen Erfolg, welchen es für den richtigen hält, herbeizuführen. In den Fällen der zweiten Art spielt das richterliche Ermessen eine Rolle. Die Pflicht des Gerichts besteht bei den Behauptungen deshalb, weil die Prozeßordnung es vorschreibt, bei den Anträgen einmal aus dem gleichen Grunde, und sodann aber auch, weil die entscheidende Tätigkeit beantragt, d. h. von der Partei ausdrücklich gewollt ist.[59])

Es ist hier die geeignete Stelle, noch einiges über die materiellen Einreden im Prozeß zu sagen. Wie oben dargelegt ist, haben alle Einreden im materiellen Sinne den Charakter von Leistungsverweigerungsrechten, d. h. sie sind zwar keine subjektiven Rechte, wohl aber Rechte im weitesten Sinne. Stellt der Beklagte den Antrag, die Klage abzuweisen, so muß er diesen An-

[58]) So vor allem Trutter S. 59; Klein S. 22; Pollak S. 55.

[59]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 46 hält den Tatsachenvortrag für einen Rechtsakt; vgl. dazu Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 24 Anm. 2.

trag begründen. Er kann das auf verschiedene Weise tun, entweder dadurch, daß er rechtliche Gegendeduktionen anführt, oder indem er die Klagebehauptung leugnet, oder auch durch Einwendungen und Einreden. Stets aber sind derartige Anführungen des Beklagten bloße Behauptungen, also Wissenserklärungen, deren Wahrheit regelmäßig zu beweisen ist. Was die Einreden insbesondere anlangt, so läßt diese das Gesetz aus den verschiedenartigsten Tatbeständen entstehen. In vielen Fällen liegen den Einreden subjektive Privatrechte zugrunde, wie z. B. der Wandelungs- und Minderungsanspruch. Bringt der Beklagte einen Anspruch einredeweise vor, so erklärt er damit zunächst nur verteidigungsweise, daß er einen solchen Anspruch *habe*, nicht aber daß er ihn geltend mache, also seine Befriedigung verlange. Bei der Wandelungs- oder Minderungseinrede ist also prozessual nur von Bedeutung die bewiesene Behauptung, daß der entsprechende Anspruch bestehe. Erklärt der Beklagte, er beanspruche Wandelung oder Minderung, so kann auf den Fortgang des Verfahrens nur die in dem Vortrag liegende Wissenserklärung, daß ein Anspruch bestehe, von Einfluß sein; die Willenserklärung, daß dieser befriedigt werde, kann höchstens privatrechtliche Bedeutung haben, und hat in der Tat solche, wie wir alsbald sehen werden.

Drittes Kapitel.

Der Einfluß der Klagezurücknahme auf die Wandelungs- und Minderungseinrede.

§ 12.

Die Klagezurücknahme.

Wir stellen uns nunmehr die Aufgabe, darzulegen, wie die Klagezurücknahme im Rahmen der bisherigen Erörterungen unterzubringen ist, und werden dann auf Grund ihrer erkannten prozessualen Rechtsnatur sehen, ob und in welcher Weise sie die Wandelungs- oder Minderungseinrede beeinflußt. Es gilt in der Hauptsache, die soeben behandelten Gedanken und gewonnenen Prinzipien in folgendem zur Anwendung zu bringen.

Alle Prozeßhandlungen haben, wie schon oben angedeutet ist, gewöhnlich eine unmittelbare und eine entferntere Wirkung. Stets wird das Prozeßverhältnis in irgendeiner Weise direkt beeinflußt, sei es, daß das Gericht zu einem Tun verpflichtet wird, sei es, daß ein prozessuales Parteirecht entsteht, verändert wird oder untergeht. Dagegen braucht der Einfluß einer prozeßrechtlichen Parteihandlung sich nicht immer weiterhin auch im Urteil zu zeigen und dieses also zu beeinflussen. Ob eine Prozeßhandlung auch diesen entfernteren Erfolg hat, hängt von den mannigfaltigen Situationen ab, in welche das Verfahren noch hinterher bis zur Urteilsfällung gelangen kann. In diesem Sinne kann man davon reden, daß die Prozeßhandlungen „keine selbständige Bedeutung“ [1]) haben, sondern in ihrer Wirkung abhängig von dem weiteren Gang des

---

[1]) So Hellwig, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 14, 36, 37; Bülow S. 157.

Prozesses sind. Die einzige prozessuale Parteihandlung, der man die Selbständigkeit nicht absprechen kann, ist die Klagezurücknahme,[2]) und zwar deshalb, weil sie nicht das Urteil beeinflussen, sondern es vielmehr verhindern soll, und nur die eine unmittelbare Wirkung hat, daß das Prozeßverhältnis beendigt wird oder, wie das Gesetz fingiert, „der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist“. Der Kläger nimmt sein an das Gericht gestelltes Verlangen, daß es ein Urteil fällen möge, zurück. Er entzieht hierbei dem Richter die tatsächliche Möglichkeit, im gegebenen Prozeß den Sachverhalt weiter zu prüfen und ein Urteil darüber zu fällen, und zwar genügt dazu eine einseitige prozessuale Willenserklärung seinerseits, die allerdings nach der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache dessen Zustimmung bedarf. Zur Hauptsache verhandelt der Beklagte dann, wenn er über die sachliche Berechtigung des klägerischen Antrags, also über die abzuurteilende Streitsache selbst zum Unterschiede vom Verfahren, Erklärungen abgibt.[3]) Die Klagezurücknahme unterscheidet sich somit von allen übrigen Parteihandlungen wesentlich dadurch, daß sie nicht auf Vorbereitung oder Herbeiführung eines Urteils gerichtet ist, sondern vielmehr die Aburteilsmöglichkeit des rechtshängigen Anspruchs beseitigt. Der Kläger ist also in der Lage, das von ihm hergestellte Prozeßrechtsverhältnis einseitig wieder aufzuheben, er kann auf die Urteilsfällung in diesem Rechtsstreit verzichten, wobei ihm das Recht, von neuem seinen Anspruch einzuklagen, vorbehalten bleibt. Hat sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache geäußert, so hat er damit gewissermaßen kundgetan, daß er den Parteienkampf mit dem Kläger aufnehme, und ist in der Regel daran interessiert, ob das Streitverhältnis bestehen bleiben muß oder vom Kläger allein wieder beseitigt werden kann. Aus diesem Grunde hat wohl das Gesetz den Gedanken aufgenommen, daß dem Kläger von dem Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache an keine uneingeschränkte Willensherrschaft über das Prozeßverhältnis zustehen dürfe, sondern daß diese durch

---

[2]) Ob man auch den Verzicht auf Rechtsmittel hier aufnehmen kann, wie dies Hellwig a. a. O. tut, bezweifle ich; vgl. Trutter S. 142.

[3]) Gaupp-Stein zu § 271 II.

die Zustimmung des Beklagten, durch welche er sein Interesse wahren könne, bedingt sein müsse. Diese Bestimmung, daß der Kläger seinen Antrag, den Beklagten zu verurteilen, nur mit dessen Zustimmung zurücknehmen kann, ist eine verständige Ausnahme von der allgemeinen Regel der Zurücknehmbarkeit der Anträge.[4])

Es kann m. E. nicht bezweifelt werden, daß die Klagezurücknahme eine Prozeßhandlung ist; die hierfür oben aufgestellten Begriffsmerkmale finden sich bei ihr ausnahmslos vor. Die Prozeßhandlungen haben zwar im allgemeinen ein Urteil als Endzweck, sie brauchen jedoch diesen Zweck nicht begriffsnotwendig zu verfolgen, wie die Klagezurücknahme deutlich zeigt; es genügt, wenn der Prozeß durch sie „betrieben" wird, d. h. sich in irgendeiner Weise gesetzlich abwickelt.[5]) Unser Prozeßrecht kennt eine Beendigung des Prozesses sowohl durch einen richterlichen Prozeßrechtsakt, nämlich das Urteil, wie auch durch eine einseitige Willenserklärung der klagenden Partei. Daß die Klagezurücknahme vor der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eine einseitige Willenserklärung ist und als solche unmittelbar prozessuale Wirkungen zeitigt, kann wohl nicht angezweifelt werden. Die Erklärung, man nehme die Klage zurück, ist keine Wissenserklärung, d. h. keine Behauptung einer gegenwärtigen oder vergangenen Tatsache, sondern gewissermaßen lediglich eine Abkürzung für eine Erklärung, welche exakt lauten müßte, man wolle, daß die Klage als nicht erhoben angesehen werde, von dem Prozeßverhältnis also künftig keine Spur mehr vorhanden sei. Die prozessualen Folgen der Klagezurücknahme, welche sich u n m i t t e l b a r an deren Vornahme knüpfen, scheinen mir im wesentlichen folgende zu sein:

Mit der Klageerhebung ist das Gericht dem Kläger gegenüber verpflichtet worden, über den geltend gemachten Anspruch zu entscheiden; dieser Pflicht des Gerichts entspricht das subjektive

---

[4]) Nach K o h l e r, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 75 ff., 37 ff. befindet sich der Prozeß von der Klage bis zur Einlassung des Beklagten in einem „Schwebezustand". K o h l e r stellt damit den eigenartigen Satz auf, daß sich alle Anträge regelmäßig bis zu den ihnen folgenden Entscheidungen in Pendenz befinden.

[5]) Näheres bei W a l s m a n n a. a. O. S. 15 ff.

Recht des Klägers, welches gerichtet ist auf ein richterliches Tun, insbesondere auf die Urteilsfällung. Diesen seinen Anspruch vernichtet nun der Kläger durch die Klagezurücknahme keineswegs. Er macht nur den Prozeßrechtsakt, der in dem Klageantrag liegt und die Richterpflicht zu einer aktuellen gemacht hat, rückgängig, nicht aber beseitigt er den Rechtsschutzanspruch schlechthin, wie sich deutlich darin zeigt, daß er jederzeit zu neuer Klageerhebung berechtigt ist. Ferner geht damit auch das dem Gericht sowohl dem Kläger wie dem Beklagten gegenüber zustehende subjektive Prozeßrecht unter, kraft dessen es durch den Rechtsakt der Entscheidung eine oder beide Parteien zu einem bestimmten Verhalten verpflichten kann. Schließlich entsteht mit der Klagezurücknahme auch ein subjektives Recht des Beklagten, welches gegen das Gericht gerichtet ist und mittels dessen er durch seinen Antrag das Gericht verpflichten kann, die Kosten durch Urteil dem Kläger aufzuerlegen. Berechtigt, einen solchen Antrag zu stellen, ist er zwar immer; in diesem Falle kann das Gericht jedoch nicht nach seinem Ermessen verfahren, sondern es muß dem Antrag gemäß entscheiden. Es scheint mir nunmehr zur Genüge evident zu sein, daß die Zurücknahme der Klage vor Einlassung des Beklagten zur Hauptsache ein einseitiges Prozeßrechtsgeschäft ist.[6])

Mit dem Augenblick, in dem der Beklagte sich zur Hauptsache äußert, bekommt auch er einen Anspruch gegen das Gericht darauf, daß über den geltend gemachten Anspruch entschieden werde. Dieses Recht kann ihm gegen seinen Willen nicht entzogen werden; daher ist seine Zustimmung zur Klagezurücknahme erforderlich. Die Klage kann zurückgenommen werden, solange sie anhängig ist, und bedarf von der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache an bis zur Beendigung der Rechtshängigkeit des Einverständnisses des Beklagten.[7]) Es liegt auf der Hand, daß diese

---

[6]) Hellwig, System Bd. 1 S. 453, Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 49 und Trutter S. 107, 126 halten dies für selbstverständlich und begründen scheinbar deshalb ihre Ansicht nicht. Aus der prozeßrechtsgeschäftlichen Natur der Klagezurücknahme ergibt sich, daß eine Parteivereinbarung, nach welcher der Kläger die Klage zurücknehmen soll, prozessual nichtig ist.

[7]) Näheres über den Zeitpunkt, bis zu welchem die Klagezurücknahme zulässig ist, bei Schultzenstein in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 229 ff., 233 ff.

Zustimmung, ganz ähnlich wie die Klagezurücknahme selbst eine einseitige Willenserklärung ist. Die Frage ist nur, ob beide Erklärungen nunmehr ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, also einen prozessualen Vertrag bilden,[8] oder ob sie lediglich zwei einseitige Willenserklärungen sind, wobei die Klagezurücknahme als die causa efficiens und die Zustimmung des Beklagten nur als eine conditio sine qua non anzusehen ist.[9] Ich kann die Entscheidung dieser Frage weder für theoretisch noch für praktisch bedeutungsvoll halten, da die rechtsgeschäftlichen Wirkungen auf jeden Fall erst mit der Zustimmungserklärung des Beklagten eintreten. Diese Wirkungen sind die gleichen wie die der Klagezurücknahme vor Einlassung des Beklagten zur Hauptsache; es kommt nur noch hinzu, daß auch das subjektive Prozeßrecht des Beklagten, kraft dessen er Entscheidung des Rechtsstreits beanspruchen kann, vernichtet wird.

§ 13.

Das Schicksal der Wandelungs- und Minderungseinrede.

Die Klagezurücknahme gestaltet nicht nur wie die meisten Prozeßhandlungen das Verfahren um, sondern beseitigt von Grund auf das ganze Prozeßverhältnis. Bestehende subjektive Rechte gehen unter, und vorhandene prozessuale Befugnisse können wirkungsvoll nicht mehr ausgeübt werden. Ist das eine oder das andere von diesen Prozeßrechten im weitesten Sinne im Augenblick der Klagezurücknahme bereits ausgeübt worden, so kann es die nächstliegende Wirkung, nämlich die gewollte Entscheidung oder die unmittelbare Umgestaltung des Prozeßverhältnisses, schon hervorgerufen haben, niemals jedoch können die prozessualen Rechtsakte, ebensowenig wie die Prozeßrechtsgeschäfte, auch weiterhin ihren Einfluß auf ein Urteil ausüben,

---

[8] So Schultzenstein a. a. O. S. 230 ff.; Struckmann-Koch zu § 271 Anm. 1; Seuffert Bd. 1 zu § 271 Anm. 7.

[9] So ohne Begründung Hellwig, System Bd. 1 S. 393, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 49 Anm. 2; Trutter S. 156.

da ein solches ja in der Hauptsache gar nicht ergeht.[10]) Der Klageantrag des Klägers und der Abweisungsantrag des Beklagten führen überhaupt keine Entscheidung herbei. Was die prozessualen Wissenserklärungen, insbesondere die verteidigungsweise behaupteten Leistungsverweigerungsrechte, anlangt, so steht fest, daß sie ebenfalls, wenn sie nach gültiger Klagezurücknahme vorgebracht werden, wirkungslos sein müssen, da sie ja nur zur Begründung der Anträge dienen, und diese im Augenblick der Klagezurücknahme als nicht mehr vorhanden anzusehen sind. Der Tatsachenvortrag, welcher vor der Klagezurücknahme liegt, hat möglicherweise seinen nächsten Zweck, nämlich die Antragsbegründung, schon erfüllt und ist mit der über den Antrag gefällten Entscheidung als erledigt und nicht mehr beachtlich anzusehen. Dient aber eine Behauptung zur Begründung des Klageantrags oder Abweisungsantrags, wie z. B. die Wandelungs- oder Minderungseinrede, so kann sie ihren Zweck im Zeitpunkte der Klagezurücknahme noch nicht erfüllt haben, da das Urteil noch nicht gefällt ist, und der Antrag demnach dem Gericht infolge des mangelhaft bewiesenen einredeweise vorgebrachten Anspruchs noch nicht als begründet erscheint. Wie alle prozessualen Parteihandlungen, so muß auch die Klagezurücknahme zur Kenntnis des Gerichts gelangen. Dieses hat zu prüfen, ob ein vollgültiges Prozeßrechtsgeschäft vorliegt, und demgemäß zu entscheiden, ob sich daran auch die gewünschten Folgen knüpfen oder nicht. Ergibt sich, daß die Klagezurücknahme wegen irgendeines Mangels nichtig gewesen ist, so sind etwa nachträglich noch vorgenommene Prozeßhandlungen vollgültig, und das Verfahren geht weiter. Kommt aber das Gericht zu dem Ergebnis, daß das Prozeßrechtsgeschäft ordnungsmäßig vorgenommen ist, so ist das Prozeßverhältnis mit dem Zeitpunkt der Handlung als abgebrochen anzusehen, und insbesondere die Wandelungs- und Minderungseinrede, welche bisher mit ihrer Vornahme das Gericht nur zur Beachtung verpflichtet hat, wird unwirksam.

---

[10]) Nur das subjektive Recht des Beklagten bleibt bestehen, nach welchem er eine gerichtliche Entscheidung durch Urteil über die Kosten beanspruchen kann. Dieses Recht wird sogar noch verstärkt dadurch, daß der Beklagte hier den Inhalt, also das „Wie“ der Entscheidung beanspruchen, nicht nur vorschlagen kann.

Besonders beachtenswert erscheint mir die Tatsache, daß nur die prozessuale Behauptung eines Wandelungs- oder Minderungsanspruchs untergeht, nicht also das materielle Leistungsverweigerungsrecht selbst, sondern bloß die Möglichkeit, es wirksam im anhängigen Prozeß geltend zu machen. Man muß sich m. E. ferner darüber klar sein, daß nur die prozessuale Wissenserklärung, es bestehe ein ädilizischer Anspruch, von der Klagezurücknahme berührt wird, nicht also eine uno actu vorgebrachte Willenserklärung, daß man Befriedigung dieses Anspruches begehre. Es wird dies an folgendem Beispiele deutlicher: In der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht ist Kläger durch einen Anwalt vertreten und Beklagter in Person erschienen. Der letztere, welcher auf Zahlung des Kaufpreises verklagt ist, erklärt, er beanspruche Wandelung, und beauftragt den gegnerischen Anwalt, der ja, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen, niemals aber zum Abschluß eines Wandelungsvertrags gemäß § 465 BGB. bevollmächtigt ist, dies seinem Mandanten mitzuteilen. Der Anwalt des Klägers nimmt sodann mit der nunmehr erforderlichen Zustimmung des Beklagten die Klage zurück. Trotzdem kann jetzt noch die mit der Wandelungseinrede verbundene und von dem Anwalt dem Kläger übermittelte Wandelungsofferte unter Beachtung von § 147 Abs. 2 BGB. von letzterem angenommen und die Wandelung vollzogen werden.

Viertes Kapitel.

Der Einfluß des Verzichts auf die Wandelungs- und Minderungseinrede.

§ 14.

Der prozessuale Klagverzicht.

Im folgenden werde ich darlegen, in welcher Weise die vorgeschützten ädilizischen Einreden durch einen Verzicht beeinflußt werden, und zwar ist zu diesem Zweck mit einer Erörterung des Verzichtsbegriffs zu beginnen und möglichst scharf die Eigenart des Verzichts, welchen die Zivilprozeßordnung kennt,[1]) und des dem materiellen Rechte angehörenden Verzichts klarzustellen.

Der prozessuale Verzicht ist dahin geregelt, daß ein dem Gericht gegenüber erklärter Wille des Klägers, den in der Klage geltend gemachten Anspruch aufzugeben, auf Antrag des Beklagten hin zur Klageabweisung führt. Während durch die Zurücknahme der Klage der Erlaß eines Urteils in der Hauptsache unmöglich gemacht wird, bekommt hier gerade der Beklagte ein Recht darauf, ein abweisendes Urteil verlangen zu können. Wie wir sehen werden, ist der prozessuale Anspruchsverzicht ein eigenartiges, selbständiges Rechtsinstitut, dessen Rechtscharakter ebenso von dem Prozeßrechtsgeschäft der Klagezurücknahme wie von der materiellrechtlichen Verzichtserklärung grundverschieden ist. Es leuchtet ein, daß ein Verzicht im Sinne des § 306 ZPO. eine *Prozeßhandlung* ist;[2]) zwar ist er keine solche, welche

[1]) Es ist dabei naturgemäß nur an den bedeutsamsten prozessualen Verzicht, nämlich an den auf die Geltendmachung des Klageanspruchs selbst gerichteten im Sinne von § 306 ZPO. gedacht.

[2]) Näheres bei *Walsmann* im ArchZivPrax. Bd. 102 S. 186 ff.; *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht S. 157.

selbst, ähnlich wie das Urteil oder die Klagezurücknahme, das Prozeßverhältnis beendet, wohl aber trägt er in erheblich stärkerem Maße als die übrigen Prozeßhandlungen, welche bisweilen sogar das Verfahren hemmen und verschleppen, zu einem raschen Abschluß des Prozesses durch Urteil bei. Denn ein bloßer Antrag des Beklagten genügt dann, um eine alsbaldige Urteilsfällung zu veranlassen.

Es kann m. E. ferner nicht bezweifelt werden, daß jeder Verzicht eine Willenserklärung,[3]) nicht etwa nur eine Wissenserklärung ist. Wer verzichtet, erklärt sein Verlangen, daß irgendein vorhandenes plus, also ein Vorteil, einerlei welcher Art, ihm künftig nicht mehr zustehen solle; er wünscht stets die Beseitigung desselben. Nur hierauf braucht der erklärte Wille gerichtet zu sein, nicht auch auf die weiteren Folgen, welche sich normalerweise daran anschließen, nicht also z. B. bei einem Verzicht nach § 306 ZPO. auf die Abweisung der Klage. Dem Prozeßrecht gehört nun ein Verzicht nur dann an, wenn der Gegenstand, auf welchen verzichtet wird, prozessualen Charakter hat, d. h. wenn der in der Erklärung enthaltene Bewirkungswille auf die Beseitigung eines dem Verzichtenden gemäß der Prozeßordnung zustehenden prozessualen Vorteils, welcher entweder ein subjektives Prozeßrecht oder eine prozessuale Befugnis sein kann, gerichtet ist. Dabei muß man sich aber immer vergegenwärtigen, daß gemäß dem Grundsatze, daß im Prozeß nur erlaubt ist, was ausdrücklich gestattet, nicht aber was nicht verboten ist, keine unbegrenzte prozessuale Verzichtsmöglichkeit vorhanden ist.

Um das Wesen des im § 306 ZPO. geregelten Verzichts zu ergründen, wollen wir jetzt zunächst untersuchen, welches der Gegenstand desselben ist, und, nachdem wir diese eine gewollte vorteilsaufhebende Wirkung erkannt haben, sodann sehen, welche weiteren prozessualen Rechtsfolgen sich an die Verzichtserklärung des Klägers knüpfen.

Wir gehen von dem oben aufgestellten Satz aus, daß im Zeitpunkt der Klageerhebung der Kläger ein subjektives Prozeß-

---

[3]) So auch Walsmann a. a. O. S. 201 u. 202, Der Verzicht S. 171 ff.; Gaupp-Stein zu § 306 I.

recht hat und während der Rechtshängigkeit behält, kraft dessen er eine richterliche Entscheidungstätigkeit über den eingeklagten Anspruch verlangen kann. Durch den Klageverzicht verliert der Kläger dieses Recht auf gerichtliche Untersuchung der Begründetheit seines Anspruches. Eine absolutio ab actione durch Urteil kann er damit allerdings nicht ohne weiteres erreichen, denn hierzu bedarf es noch eines Abweisungsantrages des Beklagten. Der prozessuale Verzicht hat nun m. E. mit der Klagezurücknahme gemeinsam, daß durch beide Prozeßhandlungen der Kläger dem Gericht die sachliche Prüfungspflicht entzieht. Im übrigen jedoch weichen beide erheblich voneinander ab: Der Klagverzicht hat eine umfassendere Wirkung. Durch die Klagezurücknahme wird lediglich der als Prozeßrechtsakt sich darstellende Klagantrag, d. h. die Ausübungshandlung des im Rechtsschutzanspruch enthaltenen subjektiven Rechts, rückgängig gemacht und dadurch das Gericht seiner Prüfungspflicht überhoben. Diesen Erfolg hat auch stets der Klagverzicht.[4]) Jedoch geht die vom Kläger mit dem Verzicht in der Tat bezweckte prozessuale Wirkung weit hierüber hinaus. Er will, daß in Zukunft eine richterliche Untersuchung über die sachliche Begründetheit des von ihm behaupteten Anspruchs, mag dieser tatsächlich bestehen oder nicht, ausgeschlossen sein soll. Durch die Klagezurücknahme und den Klagverzicht wird die sachliche Prüfungspflicht des Gerichts beseitigt, durch den letzteren weiterhin überhaupt die rechtliche Möglichkeit, eine solche Richterpflicht jemals wieder erzeugen zu können. Hieraus ergibt sich nun ohne weiteres, daß mit dem prozessualen Klagverzicht jede richterliche Prüfungstätigkeit, die sich auf den eingeklagten Anspruch bezieht, eingestellt wird; der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt, denn mit der Prüfungspflicht des Gerichts verschwindet auch sein Recht gegenüber den Parteien zu entscheiden, und jedes weitere Prüfen und Beurteilen der Streitsache wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz ne procedat judex ex officio. Stellt also

---

[4]) Trotzdem hat Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 301 mit seiner Behauptung, daß jeder Klagverzicht eine Klagezurücknahme enthält, nicht recht. Durch die Klagezurücknahme endigt das Prozeßverhältnis, nicht aber durch den Klagverzicht. Das Erlöschen der Rechtshängigkeit des eingeklagten Anspruchs ist nicht identisch mit dem Untergang der richterlichen Prüfungspflicht, sondern der Gerichtstätigkeit überhaupt.

der Beklagte den Abweisungsantrag nicht, so endigt das Prozeßverhältnis nicht, sondern der eingeklagte Anspruch bleibt weiter rechtshängig.[5]) Der Kläger, welcher diesen von neuem einklagt, kann nicht infolge einer vom Beklagten behaupteten res judicata abgewiesen werden, sondern nur auf Grund der vorgeschützten Einrede der Rechtshängigkeit. Praktisch wird dies allerdings kaum in Frage kommen, da der Beklagte stets von dem ihm infolge des Klagverzichts zugefallenen neuen Recht, kraft dessen er eine Entscheidung bestimmten, nämlich die Klage abweisenden Inhalts beanspruchen kann, Gebrauch machen wird. Diese Wirkung des Verzichts ähnelt dem Ergebnis der Klagezurücknahme, daß der Beklagte einen Anspruch auf ein bestimmtes Kostenurteil erhält. Dort endigt jedoch zum Unterschied vom Klagverzicht mit der gültigen Vornahme des Rechtsgeschäftes die Rechtshängigkeit des eingeklagten Anspruchs; nur hinsichtlich der Kosten bleibt bei der Klagezurücknahme der Rechtsstreit anhängig.

Alle angegebenen Rechtsfolgen des Klagverzichts knüpfen sich nun unmittelbar an seine Vornahme an, und es scheint durch die bisherigen Betrachtungen zur Genüge evident zu sein, daß der Klagverzicht ein einseitiges Prozeßrechtsgeschäft ist.[6]) Die charakteristischen Eigenschaften der prozessualen Rechtsgeschäfte treten bei ihm deutlich hervor, und die oben aufgestellten anzuwendenden Grundsätze für die Behandlung derselben greifen hier Platz.[7]) Der Klagverzicht hat also zum Gegenstand das Recht des Klägers, jemals wieder eine richterliche Beurteilung des in dieser Klage geltend gemachten materiellen Anspruchs verlangen zu können. Weiter will und erklärt der Kläger nichts. Insbesondere gibt er

---

[5]) Die Behauptung Hellwigs (System Bd. 1 S. 630), der Beklagte verzichte durch sein Nichtstellen eines Abweisungsantrags auf sein Antragsrecht, und die Rechtshängigkeit werde dadurch beseitigt, erscheint mir zu gewagt. Träte dies wirklich ein, so fehlte der von neuem beklagten Partei ein wichtiges Verteidigungsmittel, und der Klagverzicht hätte nur die Wirkung einer Klagezurücknahme.

[6]) Kurze Bemerkungen hierüber sind zu finden bei Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 34, 61, in ZZP. Bd. 29 S. 34; Pollak S. 42, 46; Trutter S. 381 ff.; Hellwig, System Bd. 1 S. 453; ders., Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft S. 51, 38 Anm. 5; Gaupp-Stein zu § 306 I, vor § 128 VI.

[7]) So ist z. B. prozessual nichtig das Versprechen, verzichten zu wollen, oder auch ein im voraus erklärter Verzicht.

auch keine Gründe für seinen Verzicht an, und solche dem Verzicht unterzuschieben, ist man nicht berechtigt, da die Verzichtsmotive des Klägers der verschiedenartigsten Natur sein können.[8])

Die bisher von uns vertretene Auffassung vom Klagverzicht findet in der Literatur keineswegs allgemeine Billigung. Die Ansichten der Schriftsteller, welche sich überhaupt eingehender mit dieser Frage befaßt haben, weichen erheblich voneinander ab; wir finden die seltsamsten Gedanken vor, welche eher zur Verdunkelung, als zur Klärung des Klageverzichtsbegriffs beigetragen haben.[9]) Den Hauptanlaß zu diesen Irrtümern hat zweifellos das unheilvolle Bestreben gegeben, privatrechtliche Begriffe in das Prozeßrecht einzuführen und Rechtsnormen des Privatrechts auf den Prozeß anzuwenden. Nur dadurch konnte man zu der verwirrenden Auffassung gelangen, daß der Klageverzicht Prozeßhandlung und materielles Rechtsgeschäft zugleich oder gar das letztere allein sei.[10]) Denkbar ist allerdings, wie wir unten sehen werden, daß in einer Rechtshandlung ein prozessualer und ein materieller Verzicht liegt; beides ist dann aber scharf auseinanderzuhalten.

§ 15.

Der materielle „Forderungsverzicht".

Über den materiellen Verzicht enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine allgemeinen Bestimmungen, welche uns einen Aufschluß darüber geben könnten, was es unter einem Verzicht ver-

[8]) So macht Hellwig (System Bd. 1 S. 441 und Lehrb. Bd. 2 S. 387) mit seiner Behauptung, der Klagverzicht enthalte das Bekenntnis, daß die Klage unbegründet sei, etwas, was möglicherweise Beweggrund zum Verzicht sein kann, zu dessen Inhalt; dagegen mit Recht Walsmann, Der Verzicht S. 38.

[9]) Als Beispiele seien folgende erwähnt: Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 61: Der Klagverzicht ist „ein zivilistisches Rechtsgeschäft, welches auch außerhalb des Prozesses wirksam ist"; in ZZP. Bd. 29 S. 34: „Es ist eine prozessuale Handlung mit zivilrechtlicher Wirkung"; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 299: Der Klagverzicht „ist eine Prozeßhandlung von unmittelbarer privatrechtlicher Wirkung"; Trutter S. 187/88: Der Verzicht ist „ein materielles Rechtsgeschäft", welches aber „durch das Prozeßrecht geregelt wird und auch prozessuale Rechtsfolgen hat".

[10]) vgl. hierüber die trefflichen Ausführungen bei Walsmann, Der Verzicht S. 37 ff., im ArchZivPrax. Bd. 102 S. 186 ff.

standen wissen will. Auch die Fälle, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch vom „Verzicht" redet, sind nicht sehr zahlreich.[11]) Wie der Gegenstand eines prozessualen Verzichts nur ein Prozeßrecht sein kann, so kann man durch eine materielle Verzichtserklärung nur ein Privatrecht aufgeben, und wir müssen uns mit der Definition begnügen, welche das Bürgerliche Gesetzbuch wohl als dem Sprachgebrauch entsprechend ansieht und daher nicht für besonders erwähnenswert hält, daß das Privatrecht unter einem Verzicht jede Aufgabe eines bestehenden Rechts versteht. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt hinsichtlich der Form bald eine einseitige Verzichtserklärung ausreichend sein, welche als „Verzicht" bezeichnet wird, bald fordert es einen Vertragsschluß. Einen „Verzicht" auf Forderungsrechte, die uns ja in der vorliegenden Abhandlung besonders interessieren, finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends erwähnt; es wird hier ausnahmslos die Vertragsform gefordert, und das Bürgerliche Gesetzbuch nennt dieses im § 397 geregelte Institut „Erlaß". Man darf der Tatsache, daß das Gesetz für den Verzicht auf ein Forderungsrecht einen Vertrag verlangt und den Ausdruck „Verzicht" hierbei vermeidet, keine zu große Bedeutung beilegen. Der Erlaß ist in der Tat nicht anderes als ein besonders gestalteter Verzicht.[12]) Es gibt Fälle, in denen durch eine wirkungsvolle einseitige Verzichtserklärung berechtigte Interessen des Gegners des Verzichtenden, welche mannigfaltigster Art sein können, verletzt werden würden. Aus diesem Gesichtspunkt hat das Gesetz zweifellos die Verzichtswirkung von der Einwilligung des Gegners abhängig gemacht. Man geht daher nicht fehl, wenn man, wie Walsmann[13]) dies tut, das Hauptgewicht auf die Erklärung der die Forderung erlassenden Partei legt und diese als die causa efficiens, die Zustimmungserklärung dagegen nur als eine conditio sine qua non ansieht, zumal da diese letztere meist stillschweigend erfolgt und

---

[11]) Sie sind aufgezählt bei Cohn in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 219 ff.

[12]) Dies hat Walsmann, Der Verzicht S. 94, 96 ff., 183 ff., 188 ff. ausführlich nachgewiesen; ebenso Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 168, der von einem „Verzichtsvertrag" spricht; Cohn a. a. O. S. 287, 262 ff., daselbst S. 222 ff. Näheres über den Erlaß.

[13]) a. a. O. S. 96, 172 ff.

daher wenig hervortritt. Es existiert nur ein einheitlicher Verzichtsbegriff, welcher sich als einseitige Erklärung, einen Vorteil aufgeben zu wollen, darstellt. Die Wirkung einer solchen Willenserklärung kann wohl bisweilen von einer Zustimmung eines anderen abhängig gemacht werden, niemals aber ist diese letztere ein gleich wichtiger Akt wie das eigentlich kausale Moment der Verzichtserklärung, wenn beides zusammen auch in die Form eines Vertrags gekleidet wird.

Ein Verzicht, durch welchen ein Privatrecht aufgegeben werden soll, beurteilt sich naturgemäß — einerlei ob er sich als einseitige Verzichtserklärung oder als Verzichtsvertrag darstellt —, nach privatrechtlichen Normen. Wollen die Prozeßparteien den eingeklagten Kaufpreisanspruch beseitigen, haben sie also vor, den Privatrechtszustand umzugestalten, so ist dies nur in Form eines Erlaßvertrags möglich, auf den allein die Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden sind. Es ist nun sicherlich möglich, daß die Parteien im Laufe des Prozesses und insbesondere auch während der mündlichen Verhandlung ein die private Rechtslage änderndes Rechtsgeschäft, wie z. B. einen Erlaß, vornehmen. Eine solche Rechtshandlung wird damit nicht zu einem Prozeßrechtsgeschäft umgestaltet, sondern hat nur die Natur der oben behandelten „Handlungen im Prozeß“, und dies auch dann, wenn die materielle Wirkung nur deshalb herbeigeführt wird, um durch sie den Verfahrensgang beeinflussen zu können.[14][15] Es ist fernerhin m. E. denkbar, daß während der mündlichen Verhandlung durch ein und dieselbe Parteihandlung eine prozessual und eine materiellrechtlich erhebliche Erklärung abgegeben wird, sowie daß eine solche Erklärung der Ausfluß eines doppelten, eines prozessual und materiell bedeutsamen Willens ist und dementsprechend eine gleichfalls doppelte Vorstellung im Erklärungsempfänger hervorruft.

---

[14]) Auf Grund eines während des Prozesses geschlossenen Erlaßvertrags kann der Beklagte z. B. eine rechtsaufhebende Einwendung im Termin vorbringen.

[15]) Ein Verzicht, welcher „ein prozeßrechtlich gestaltetes materielles Rechtsgeschäft“, d. h. ein Privatrechtsgeschäft, das nach Prozeßrecht zu beurteilen ist (Trutter S. 128 ff.), sein sollte, wäre ein Mitteldina zwischen dem Klagverzicht und dem materiellen Verzicht und existiert nicht.

Da derartige Fälle leicht zu Irrtümern Anlaß geben können, muß man um so mehr bemüht sein, die in der Erklärung enthaltene Prozeßhandlung von dem materiellen Bestandteil scharf zu trennen; durch die Ungültigkeit des einen wird die Gültigkeit des anderen nicht berührt.[16]) Demgemäß kann der Kläger in der mündlichen Verhandlung eine Erklärung des Inhalts abgeben, daß er sowohl auf den eingeklagten Anspruch als auch auf sein Recht, über diesen eine richterliche Prüfung verlangen zu können, verzichte. Dieser letztere erklärte Wille verändert unmittelbar die Prozeßrechtslage; durch den ersteren wird jedoch das private Forderungsrecht des Klägers nicht beseitigt, sondern diese Wirkung ist abhängig von der Zustimmungserklärung des Beklagten. Die einseitige Verzichtserklärung des Klägers auf die Forderung selbst ist aber insofern von Bedeutung, als sie eine Offerte zu einem Erlaßvertrage enthält; denn gibt der Beklagte daraufhin ebenfalls seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend dem Kläger gegenüber kund, daß er den Forderungsuntergang wünsche, so ist damit ein Erlaßvertrag geschlossen. Wie schon angedeutet ist, kann mit einer prozessualen Verzichtserklärung eine solche materielle Erlaßvertragsofferte verbunden sein; dies muß jedoch nicht immer der Fall sein, beides kommt vielmehr auch allein während der mündlichen Verhandlung vor.[17]) Über die bisweilen besonders im Amtsgerichtsprozeß auftretende Schwierigkeit zu erkennen, welchen Verzicht eine Partei meint, hilft die richterliche Fragepflicht oder, hier besser gesagt, das Fragerecht hinweg.

---

[16]) Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 44 will unter Umständen den Gedanken des § 139 BGB. zur Anwendung bringen.

[17]) Nach Gaupp-Stein vor § 128 VI, 2, zu § 306 I gibt es in der mündlichen Verhandlung nur einen Verzicht, welcher „prozessuales Rechtsgeschäft ist und zugleich die Natur eines Rechtsgeschäfts über den Streitgegenstand hat, also materielles Rechtsgeschäft ist". Dagegen weist Walsmann, Der Verzicht S. 37 mit Recht daraufhin, daß von einem materiellen Verzicht nur dann die Rede sein kann, wenn wirklich ein Gegenstand vorhanden ist, auf den verzichtet wird, und daß der Klagverzicht meist dann gerade vorgenommen wird, wenn und weil der eingeklagte Anspruch nicht besteht (vgl. Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 44, System Bd. 1 S. 452, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 14).

§ 16.

Der Einfluß des Klagverzichts auf die Wandelungs- und Minderungseinrede.

Da durch den prozessualen Klagverzicht die richterliche Prüfungspflicht des Sachverhalts beseitigt wird, so können alle vor der Verzichtserklärung liegenden Parteihandlungen ihren Endzweck, nämlich ein Urteil, nicht erreichen. Manche von diesen Parteihandlungen haben möglicherweise ihre nächstliegende prozessuale Wirkung schon herbeigeführt. Dies ist stets der Fall bei den schon vorgenommenen Prozeßrechtsgeschäften, da diese die Rechtslage ja unmittelbar verändern; aber auch bereits früher gestellte Anträge und die mit ihnen eng verbundenen und zur Begründung dienenden Parteibehauptungen können eine Wirkung, nämlich ein Prüfen und Entscheiden des Gerichts, erzeugt haben. Niemals jedoch haben der Klagantrag sowie der Abweisungsantrag und die diesen letzteren begründende Wandelungs- oder Minderungseinrede ein Urteil als ihren Erfolg schon herbeigeführt. Durch den Klagverzicht wird ihnen außerdem die Fähigkeit, dies fernerhin noch bewirken zu können, genommen; denn nicht allein alle bisher von den Parteien abgegebenen Willens- und Wissenserklärungen, und auch unter diesen die ädilizischen Einreden, sind vom Richter unbeachtet zu lassen, sondern auch alle nach der Verzichtserklärung vorgenommenen Parteihandlungen müssen vom Gericht ungeprüft bleiben und daher wirkungslos sein, sobald das Gericht das einseitige Prozeßrechtsgeschäft des Klagverzichts nachgeprüft und für gültig erklärt hat. Die einzige Ausnahme hiervon macht ein Abweisungsantrag seitens des Beklagten;[18]) er ist die einzige prozessuale Parteihandlung, welche das passive Verhalten des Gerichts beseitigen und wieder eine Tätigkeit desselben, die in einem Prüfen des Antrags und Abweisen der Klage besteht, herbeiführen kann. Gerade hierin zeigt sich deutlich, daß mit dem Klagverzicht zum Unterschied von der Klagezurücknahme die Rechtshängigkeit nicht

---

[18]) Es ist stets ein n e u e r Abweisungsantrag erforderlich, der frühere genügt also nicht; vgl. G a u p p - S t e i n zu § 306 III, zu § 307 IV, 1; RG. Bd. 60 S. 316, Bd. 3 S. 200, Bd. 44 S. 350.

aufgehoben wird, daß in einem Klagverzicht also keine Klagzurücknahme enthalten sein kann. Das Endergebnis einer absolutio ab actione ist dann aber keine Folge der vor der Verzichtserklärung liegenden Prozeßhandlungen, insbesondere nicht der Wandelungs- oder Minderungseinrede, sondern es sind nur drei Handlungen, welche gemeinsam das Verfahren zum Abschluß bringen: das einseitige Prozeßrechtsgeschäft des Klagverzichts, ein prozessualer Rechtsakt der beklagten Partei in Gestalt des Abweisungsantrags und das Urteil als richterlicher Prozeßakt.

Man kann also schlechthin behaupten, daß durch den Klagverzicht die Wandelungs- oder Minderungseinrede beseitigt wird. Will man sich exakter ausdrücken, so muß man allerdings sagen, daß die ädilizischen Einreden nach der Verzichtserklärung nur als nicht mehr vorhanden vom Gericht anzusehen sind und auch später nie mehr beachtet werden können. Daran ist aber jedenfalls festzuhalten, daß eine in der erweiterten Erklärung des Beklagten, er beanspruche Wandelung oder Minderung, enthaltene Offerte zu einem Wandelungs- oder Minderungsvertrag vom Klagverzicht in keiner Weise berührt werden und möglicherweise in jeder späteren Lage des Verfahrens oder auch nach seiner Beendigung noch angenommen werden kann.[19])

§ 17.

Der Erlaßvertrag und die ädilizischen Einreden.

Erklärt der Kläger in der mündlichen Verhandlung, daß er auf den eingeklagten Kaufpreis verzichte, so gibt er damit stets dem Beklagten oder dessen Prozeßvertreter gegenüber seinen Willen kund, daß künftig ihm das Forderungsrecht nicht mehr zustehen soll. Eine solche Willenserklärung kann nur dann als Offerte zu einem Erlaßvertrage angesehen werden, wenn sie vom Kläger selbst an den Beklagten persönlich gerichtet ist, oder wenn sie

[19]) Dies kann natürlich nur dann praktisch werden, wenn in dem Termin, in welchem die Einrede und die Offerte vorgebracht wurden, nicht beide Parteien persönlich erschienen waren (vgl. § 147 BGB.).

zwar nur dessen Prozeßbevollmächtigtem gegenüber abgegeben ist, dieser jedoch vom Kläger zur Übermittlung an seinen Mandanten beauftragt ist.[20] Denn der Vertreter des Beklagten ist nicht zum Abschluß eines privatrechtlichen Verzichtsvertrags, sondern nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen, ausnahmsweise auch zum Abschluß eines den Prozeß beendenden Vergleichs und zur Empfangnahme der Prozeßkosten, gemäß den §§ 81 u. 83 ZPO. berechtigt. Es ist ferner klar, daß eine Offerte zu einem Erlaßvertrage nicht nur vom Kläger, sondern auch vom Beklagten, der den Untergang seiner Schuld wünscht, ausgehen kann. Hat der Beklagte den Kläger aufgefordert, ihm die geschuldete Leistung zu erlassen, und hat der Kläger darauf erklärt, daß er auf seine Forderung verzichte, so ist diese einseitige Verzichtserklärung nicht als Offerte, sondern als Annahmeerklärung einer vorhandenen Offerte zu einem Erlaßvertrage anzusehen, welche dem beklagten Schuldner ausdrücklich vom Kläger zu übermitteln ist.

Bringt der Beklagte in der mündlichen Verhandlung die Wandelungs- oder Minderungseinrede vor, so verteidigt er sich damit, daß er einen Wandelungs- oder Minderungsanspruch habe und daher zur Verweigerung der Leistung, nämlich der Kaufpreiszahlung, berechtigt sei. Er erklärt damit, daß er dasjenige, was den Inhalt seines Anspruchs bildet, geltend machen könne, nicht aber, daß er dies auch wirklich jetzt beanspruche. Wie aus den oben angestellten Betrachtungen hervorgeht, ist, solange der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, der Wandelungsanspruch auf Aufhebung der Kaufpreisschuld gegen Rückgabe der Sache und der Minderungsanspruch auf teilweisen Erlaß der Kaufpreisschuld gerichtet.[21] Weiter nichts als eine bloße Tatsachenbehauptung des angegebenen Inhaltes stellt der auf Zah-

[20]) Darin ist Walsmann (Der Verzicht S. 232) beizustimmen, daß die Annahmeerklärung der Erlaßofferte auf seiten des Schuldners meist nicht ausdrücklich erfolgt, sondern schon in dem Schweigen auf die Offerte hin zu erblicken ist.

[21]) Daß der Wandelungsanspruch auch auf Zurücknahme der gelieferten Sache gerichtet ist, folgt daraus, daß gemäß § 433 BGB. der Käufer zur Abnahme der Sache verpflichtet ist. Die Rücknahmepflicht des Verkäufers ist aber nur nebensächlicher Bedeutung, da der Käufer meist nur ein Interesse an der Rückzahlung oder dem Erlaß des Kaufpreises haben wird.

lung des Kaufpreises beklagte Käufer durch eine ädilizische Einrede auf. Erweitert er jedoch diese Wissenserklärung zu einer Willenserklärung, indem er erklärt, er b e a n s p r u c h e Befriedigung seines Anspruchs, wie dies in den meisten Fällen auch tatsächlich geschieht, so äußert er dem Kläger gegenüber, er wolle, daß seine Kaufpreisschuld ganz oder teilweise aufgehoben werde. Den gleichen Inhalt hat eine darauf folgende Verzichtserklärung des Klägers auf seine ganze oder teilweise Forderung. Mit dem Verlangen des Beklagten nach Beseitigung der Kaufpreisschuld ist jedoch der Inhalt einer Erklärung, daß er Wandelung beanspruche, noch nicht erschöpft. In der von uns angenommenen rechtlichen Situation, daß der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, hat ein Wandelungsvertrag, durch dessen Abschluß die Wandelung ja a u c h vollzogen werden kann, die Wirkung, daß die Preisforderung erlischt und ein Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der Sache entsteht. Eine Offerte zu einem Wandelungsvertrage, die stets in der Erklärung des Beklagten, er beanspruche Wandelung, zu erblicken ist, enthält also notwendigerweise eine doppelte Willenserklärung, nämlich einmal, daß die Kaufpreisschuld aufgehoben werde, und sodann, daß der Beklagte zur Rückgabe der Lieferung verpflichtet sein soll. Erklärt demnach der Beklagte, er verlange Wandelung, und verzichtet hinterher der Kläger einseitig auf seinen eingeklagten Anspruch, so decken sich jedenfalls beide Willenserklärungen nicht und können gemäß § 150 Abs. 2 BGB. keinen Vertragsschluß herbeiführen. Die erstere Erklärung ist die umfangreichere; ihr gegenüber enthält die des Klägers insofern eine Einschränkung, als dieser nicht das Entstehen eines Rückforderungsrechts auf das von ihm Gelieferte begehrt. Man mag wohl geteilter Ansicht darüber sein, ob nicht doch das Zustandekommen eines Vertrags und somit der Untergang der Kaufpreisschuld zu bejahen sei, und die Praxis wird dies unbedenklich annehmen, da normalerweise der beklagte Käufer an dem Entstehen einer ihn belastenden Rückgabepflicht kein Interesse haben, dem Verkäufer aber eine solche Verpflichtung nur angenehm sein wird; diese Auffassung scheint mir jedoch schwerlich mit dem klaren Wortlaut des § 150 BGB. vereinbar zu sein. Dagegen muß man ohne Bedenken das Zustandekommen eines Wandelungsvertrags

anerkennen, wenn der Verkäufer nur bedingt auf seine Forderung verzichtet, wenn er also nach einer Wandelungsofferte seitens des Beklagten diesem erklärt, daß er ihm nur dann den Kaufpreis erlasse, wenn er seine Lieferung zurückerhielte. Dieser Fall wird im Verkehr auch gewöhnlich vorkommen.

Einfacher ist die Rechtslage, wenn es sich darum handelt, ob ein Minderungsvertrag zustande gekommen ist. Erweitert der Beklagte seine Minderungseinrede dahin, daß er Minderung begehre, so äußert er nur seinen Willen, daß die klägerische Forderung in bestimmter Höhe herabgesetzt werde. Weiter wünscht er nichts, und ein geschlossener Minderungsvertrag hat auch keine andere Wirkung, als daß die Forderung in der vereinbarten Höhe erlischt. Erklärt demnach der Beklagte in der mündlichen Verhandlung, er verlange Minderung des Kaufpreises in bestimmter Höhe, und äußert darauf der Kläger, daß er in gleicher Höhe auf seine Preisforderung verzichte, so kommt auf diese Weise offensichtlich ein Vertragsschluß zustande. Solange der Kaufpreis nicht gezahlt ist, ist ein Erlaßvertrag notwendig ein integrierender Teil eines Wandelungsvertrags; dieser letztere ist gegenüber dem ersteren der inhaltsreichere, und nur wenn die klägerische Verzichtserklärung durch das Entstehen einer Rückgabepflicht des Beklagten bedingt ist, kommt ein Wandelungsvollzug zustande. Ein Minderungsvertrag deckt sich dagegen vor der Preiszahlung mit einem Erlaßvertrag; Minderung ist dann tatsächlich nichts anderes, als ein teilweiser Erlaß der Forderung.

Eigenartig ist die rechtliche Situation, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung, nachdem der Beklagte Befriedigung eines seiner ädilizischen Ansprüche verlangt hat, einen Klagverzicht und einen materiellen Verzicht zugleich äußert, wenn er also eine Erklärung des Inhalts abgibt, daß er sowohl seinen ganzen oder teilweisen Kaufpreisanspruch als auch sein Recht, über diesen jederzeit eine richterliche Prüfung verlangen zu können, aufgibt. Der in dieser Parteiäußerung enthaltene Wille ist dann ein doppelter; der letztere Bestandteil muß notwendigerweise zur Kenntnis des Gerichts gelangen, während um den ersteren sich das Gericht nicht zu bekümmern hat, selbst dann nicht, wenn ihm diese von der einen an die andere Partei gerichtete Willens-

erklärung in der mündlichen Verhandlung zu Ohren kommt. Durch den Klagverzicht wird das Gericht seiner Beachtungs- und Prüfungspflicht aller Prozeßhandlungen mit Ausnahme eines neuen Abweisungsantrages des Beklagten überhoben. Ist nun ein Wandelungs- oder Minderungsvertrag zustande gekommen und damit einer der Ansprüche vollzogen, so ist die Preisforderung ganz oder teilweise untergegangen, und dem auf Zahlung verklagten Käufer steht nunmehr eine rechtsaufhebende Einwendung zur Verfügung, mittels der er eine Abweisung des Klägers erreichen könnte. Infolge des von ihm erklärten Klagverzichts ist es ihm jedoch unmöglich geworden, eine solche Einwendung wirksam geltend zu machen; sie ist in diesem Falle überflüssig, da der Beklagte mühelos durch einen neuen, nicht zu be gründenden Abweisungsantrag eine absolutio ab actione erreichen kann.

Hier zeigt sich ganz besonders deutlich, von welcher Wichtigkeit es ist, daß der Richter einen in der mündlichen Verhandlung erklärten Verzicht genau auf seine Bedeutung hin prüft, und zu was für Irrtümern es führen kann, wenn man den Klagverzicht nicht von einer Willenserklärung zu einem Erlaßvertrage oder gar von der Klagezurücknahme scharf scheidet. Dies ist das Resultat unserer Darlegungen, zu dem wir unter Heranziehung der Wandelungs- und Minderungseinrede gelangt sind, und welches allein den Anforderungen des prozessualen Verkehrs voll und ganz gerecht wird.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.